

VU Research Portal

Herbezinning op de aanbesteding en realisatie van geïntegreerde bouwprojecten

Jansen, C.E.C.

2021

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Unspecified

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

citation for published version (APA)

Jansen, C. E. C. (2021). *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*. (IBR Publicaties). Instituut voor Bouwrecht.

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

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

Chris Jansen



Herbezinning op de aanbesteding en realisatie van geïntegreerde bouwprojecten

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**

prof. mr. C.E.C. Jansen

Eerste druk



's-Gravenhage - 2021

1^e druk
ISBN 978-94-6315-063-7
NUR 822

© 2021, C.E.C. Jansen

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de Stichting Instituut voor Bouwrecht te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photo print, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Deze uitgave is ook online beschikbaar op <www.ibrtracker.nl>. Voor meer informatie, zie: <www.ibr.nl/publicaties>.

Voorwoord

Het afgelopen voorjaar mocht ik genieten van een sabbatical verlof. Een van de vele dingen die ik mij had voorgenoemen te doen, was het schrijven van een artikel op basis van een aantal voordrachten, workshops en interviews die ik in de periode 2018-2020 heb gehouden.¹ De onderwerpen die daarin aan bod kwamen, houden alle verband met dezelfde 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 met het oog op mogelijke oplossingen daarvan. Te denken valt aan de publicatie van de Marktvisie (2016), de herziening van de UAV-GC 2005 (2016), de introductie van het zogenoemde ‘twee-fasen-proces’ door Rijkswaterstaat (2019), de reactie daarop van Monika Chao-Duivis in haar Delftse afscheidsrede (2019), de uitrol van de Modelovereenkomst Bouwteam DG 2020 door Duurzaam Gebouwd (2020) en de recente publicatie van de Model Bouwteamovereenkomst 2021 door Bouwend Nederland (2021).

De kwestie is natuurlijk niet nieuw. Dat geldt op onderdelen overigens ook voor een aantal van de hiervoor bedoelde oplossingen. Ik moest terugdenken aan het preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht, dat ik 20 jaar geleden met medewerking van Aslan Vos over deze materie schreef. Daarin verkende ik, mede geïnspireerd door publicaties van Hennes de Ridder, Bob van den Berg en Joop Janssen, de grenzen van de mogelijkheden van een aanbestedings- en contracteringsmodel dat in een oplossing zou kunnen voorzien. Een model waarvan ik inmiddels heb geleerd dat het eigenlijk gewoon één van de varianten van een twee-fasen-proces is. Mijn gedachten gingen bovendien terug naar het verschijnsel alliantie dat zich – eveneens 20 jaar geleden – op een grote belangstelling mocht verheugen als mogelijke oplossing voor de verbetering van de aanbesteding en realisatie van complexe bouwprojecten.

1 Voordrachten: ‘Gebruik maken van beschikbare juridische ruimte bij aanbesteden en contracteren’, Marktvisie dialoogbijeekomst, Zoetermeer, 19 juni 2018 (zie <https://www.marktvisie.nu/dialoog-bijeekomst-marktvisie-19-juni-2018-wetenschap-ontmoet-praktijk/> en <https://research.vu.nl/en/publications/beter-gebruik-maken-van-juridische-ruimte-bij-aanbesteden-en-cont>); ‘Werken met een bouwteam en allianties’, IBR studiemiddag, Den Haag 20 maart en 2 juli 2019 (i.s.m. A.M.B. Chao); ‘Toekomstige opgave RWS, twee-fasen-proces’, workshop RWS, Utrecht, 25 september en 2 oktober 2019; ‘Two-stage tendering for construction projects in the Netherlands’, CMS PP Forum, Amsterdam, 7 november 2019 (zie <https://www.youtube.com/watch?v=JEVHkzyf-eY>); ‘Anders aanbesteden en contracteren van geïntegreerde bouwprojecten’, IBR studiemiddag, online, 30 juni 2020 (i.s.m. met A.M.B. Chao); ‘Aanbesteden met het 2-fasen proces’, masterclass VU Law Academy, online, 17 september 2020 (i.s.m. P. Heemskerck); ‘Twee-fasen aanbesteden en contracteren’, IBR studiemiddag, online, 18 november 2020 (i.s.m. R.G.T. Bleeker en G.J. Huith); ‘Twee-fasen proces Rijkswaterstaat: probleemanalyse, oplossingsrichtingen en toetsingskader’, workshop RWS, online, 15 december 2020. Interviews: H.C.W.M. Moesker en S.J.H. Rutten (red.), *Bouwrechtjuristen*, IBR: Den Haag 2018, p. 60-80; ‘De bouw ontbeert een centrale procesregisseur’, gepubliceerd in: Raad van Arbitrage voor de Bouw, *Recht doen aan complexiteit en onvoorspelbaarheid*, Jaarbericht 2020, p. 48-71.

Mijn voornemen was om in het te schrijven artikel een aantal van deze oude en nieuwe oplossingen vanuit één centrale probleemanalyse te verkennen, te verklaren en met elkaar in verband te brengen. Toen ik dat voornemen afgelopen januari met Evelien Bruggeman besprak, kreeg een al eerder in de redactieraad van het *Tijdschrift voor Bouwrecht* besproken idee om een themanummer aan het twee-fasen-proces te wijden concreter vorm. Het plan ontstond om op basis van een eerste conceptversie van het beoogde artikel het gesprek aan te gaan met een aantal gerenommeerde experts uit de praktijk en vervolgens ieder van hen te vragen één van de oplossingen die ik zou verkennen nader te onderzoeken in een eveneens in het themanummer te publiceren artikel. De keuze viel daarbij op experts met wie ik al eerder had samengewerkt in het kader van de hiervoor genoemde voordrachten en workshops: Rob Bleeker en Georg Huith zouden het twee-fasen-proces met ‘uitstapmodel’ respectievelijk ‘instapmodel’ voor hun rekening nemen (de procesinrichtingen 4 en 5 in dit boekje). Andrea Chao werd gevraagd om te schrijven over de combinatie van het bouwteam met de geïntegreerde contractvorm (procesinrichting 6). Arent van Wassenauer zou aan de slag gaan met de alliantie (procesinrichting 7).

Afgelopen maart startte de uitvoering van ons project. Conceptversies van het openingsartikel en de vervolgartikelen volgden elkaar op. Wij bespraken deze tijdens plenaire en bilaterale online bijeenkomsten, die ik als bijzonder inspirerend heb ervaren. Vervolgens gebeurden er drie dingen.

In de eerste plaats groeide het inzicht dat met de onderzochte oplossingen veel meer problemen zouden kunnen worden aangepakt dan het probleem van het informatierisico, waar ik mij hoofdzakelijk op had gefocust. In de tweede plaats stelden we vast dat wanneer we echt werk zouden willen maken van de implementatie van oplossingen, het bestaande stelsel van aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden in de bouw eens goed tegen het licht zou moeten worden gehouden. Daar zou dan een plan – een routekaart – voor moeten komen. Evelien Bruggeman en ik besloten een afsluitend artikel daarover te schrijven voor het themanummer en een congres in de steigers te zetten. Wat er in de derde plaats gebeurde, is dat mijn artikel uit z'n jasje groeide. In overleg met het Instituut voor Bouwrecht werd daarom besloten er dit boekje van te maken. Een ingekorte versie daarvan is als openingsartikel in het themanummer opgenomen, dat gelijktijdig met dit boekje is verschenen.

Mijn dank gaat allereerst uit naar Rob Bleeker, Evelien Bruggeman, Andrea Chao, Georg Huith en Arent van Wassenauer voor de geweldige samenwerking in dit mooie project. Dank ook aan Natasja van Gilst-van Wijk voor het bewaken van de planning en voor het gereed maken voor publicatie van het themanummer, met hulp van Jeroen Hoogendoorn. Rob Kluitenberg dank ik voor de vormgeving van omslag, binnenwerk en de in dit boekje gebruikte figuren.

Chris Jansen

Inhoudsopgave

Voorwoord	v
-----------	---

1	Inleiding	
1.1	Aanleiding: nieuwe ontwikkelingen in een al langer bestaande kwestie	1
1.2	Vraagstelling en doelstelling	2
1.3	Enkele begrippen nader toegelicht	5
1.3.1	Verantwoording	5
1.3.2	Bouwproces, bouwprocesfuncties, bouworganisatievorm	6
1.3.3	Vraagspecificatie, contractvorm, procesbeslissingen, procesinrichting	7
1.3.4	Omgevingsfactoren, informatierisico, interpretatierisico	9
1.4	Rode draad: informatierisico	10

2	Probleemanalyse	
2.1	Opmerkingen vooraf	15
2.2	Waar komen we vandaan: traditionele bouworganisatievorm	15
2.2.1	Kenmerken	15
2.2.2	Probleemanalyse	16
2.3	Waar zijn we naartoe gegaan: geïntegreerde bouworganisatievorm	17
2.3.1	Ontwikkeling en achtergronden	17
2.3.2	Kenmerken	18
2.3.3	Probleemanalyse	21
2.4	Wat is het probleem dat oplossing behoeft?	24
2.4.1	Informatierisico is een systeemkenmerk	24
2.4.2	Doelmatige beheersing van het informatierisico stuit op aanbestedingsrechtelijke grenzen	24
2.4.3	Juridisch-administratieve kaders faciliteren doelmatige beheersing van het informatierisico mogelijk onvoldoende	27
2.4.4	Uitdaging: naar een doelmatige én rechtmatige beheersing van het informatierisico	29

3	Uitgangspunten voor een optimale procesinrichting	
3.1	Opmerkingen vooraf	31
3.2	Uitgangspunt (1): (bouw)aannemer zoveel mogelijk betrekken bij ontwerpfase	32
3.3	Uitgangspunt (2): op samenwerking gericht, non-adversarieel gedrag	32
3.4	Uitgangspunt (3): voldoende zekerheid over beheersing informatierisico voordat gebondenheid aan prijs ontstaat	33

3.5	Uitgangspunt (4): voorkomen is beter dan genezen	34
3.6	Uitgangspunt (5): inpassing in het aanbestedingsrechtelijk kader	35
4	Voorlopige waardering van bestaande en nieuwe procesinrichtingen	
4.1	Opmerkingen vooraf	37
4.2	Traditioneel: opdrachtgever besteedt ontwerp en bouw uit aan verschillende actoren	38
4.2.1	Procesinrichting (1): terug naar de klassieke driehoek?	38
4.2.2	Procesinrichting (2): het traditionele bouwteam	41
4.3	Geïntegreerd: opdrachtgever besteedt (een deel van het) ontwerp en bouw uit aan één actor	45
4.3.1	Procesinrichting (3): uitbesteding op basis van <u>één</u> contract, <u>zonder</u> cesuur tussen ontwerpfase en prijsvorming bouw (UAV-GC)	45
4.3.2	Procesinrichting (4): uitbesteding op basis van <u>één</u> contract, <u>met</u> cesuur tussen ontwerpfase en <u>vaststelling</u> prijs bouw (twee-fasen-proces met 'uitstapmodel')	48
4.3.3	Procesinrichting (5): uitbesteding op basis van <u>twee</u> contracten, <u>met</u> cesuur tussen ontwerpfase en <u>prijsvorming</u> bouw (twee-fasen-proces met 'instapmodel')	53
4.3.4	Procesinrichting (6): uitbesteding op basis van <u>twee</u> contracten, met <u>tussentijdse prijsvorming</u> bouw (bouwteam met UAV-GC)	55
4.4	Procesinrichting (7): alliantie	59
5	Slotbeschouwing: aandachtspunten voor vervolgonderzoek	63

1 Inleiding

1.1 Aanleiding: nieuwe ontwikkelingen in een al langer bestaande kwestie

Dit boekje begint met een citaat:

‘De afgelopen jaren zijn er in ons land verschillende (...) projecten aanbesteed op basis van het design & construct-concept. (...) Wie in staat is de realisatie van de genoemde projecten te volgen (...) die zal moeten erkennen dat de ervaringen met het d&c-concept (...) niet onverdeeld positief zijn. Uit verschillende signalen zou men zelfs kunnen opmaken dat er sprake is van een ‘crisis’. De tijd lijkt rijp te zijn voor een structurele herbezinning op de toepassing van het concept. (...) Natuurlijk is het belangrijk dat rechten en verplichtingen van partijen in het d&c-contract zodanig worden vastgelegd dat daarmee een in alle opzichten optimale realisatie van het project is gewaarborgd. Een dergelijke regeling biedt echter onvoldoende soelaas wanneer contractpartijen uitgaan van de fictie dat zij – op het moment waarop tegen een vaste prijs wordt gecontracteerd – over voldoende informatie beschikken ten aanzien van de risicovolle interacties die tussen vraagspecificatie, oplossingsrichting en omgevingsfactoren bestaan. Aan de wijze waarop d&c-contracten (...) in de regel tot stand komen – lees: worden aanbesteed – is immers inherent dat er op het moment van contracteren nog tal van onzekerheden ten aanzien van die risicovolle interacties bestaan. Wanneer die risico’s zich vervolgens tijdens de realisatie van het project verwezenlijken, besparen partijen kosten noch moeite om met behulp van de inhoud van het d&c-contract de gevolgen daarvan op elkaar af te wentelen. Dat leidt niet alleen tot een ongewenste toename van de ex post transactiekosten, maar legt voorts een zware hypotheek op de verhoudingen tussen partijen (...). (...) de huidige wijze van totstandkoming van d&c-contracten (...) [kan] niet optimaal worden genoemd. De kern (...) vormt dan ook een voorstel voor een meer ideale *totstandkoming* van contracten voor (...) d&c-projecten. (...) Het voorstel heeft tot op zekere hoogte ook consequenties voor de *inhoud* van d&c-contracten (...).’

Het bovenstaande citaat zou zo maar afkomstig kunnen zijn uit een recente publicatie. Woorden als ‘crisis’ en ‘structurele herbezinning’ doen de gedachten mogelijk uitgaan naar de Delftse afscheidsrede van Monika Chao-Duivis¹ of, iets verder terug in de tijd, de Marktvisie².

Het citaat is echter van oudere datum. Het komt uit het voorwoord van het preadvies dat ik 20 jaar geleden voor de Vereniging voor Bouwrecht schreef, met medewerking van Aslan Vos.³ Het aan het einde van het citaat genoemde ‘voorstel voor een meer

1 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. Zie ook: ‘Bouwrecht-coryfee Chao bij afscheid: stop met geïntegreerde contracten’, *Cobouw* 25 oktober 2019. Vgl. ook R.G.T. Bleeker, ‘Einde integrale contracten of verrekening van grote tegenvallers’, *Cobouw* 20 december 2018.

2 Zie <https://www.marktvisie.nl/>.

3 C.E.C. Jansen, *Totstandkoming en inhoud van design & construct-contracten voor complexe infrastructuurprojecten*, Preadviezen Vereniging voor Bouwrecht nr. 29, Deventer: Kluwer 2001 (met medewer-

ideale totstandkoming van contracten', ziet dan ook niet op recente ontwikkelingen die een vergelijkbare strekking hebben. Met die recente ontwikkelingen doel ik bijvoorbeeld op de steeds luider wordende, sectorbrede roep om contractvormen die opdrachtgevers en aannemers beter prikkelen tot constructieve samenwerking,⁴ de opkomst van het zogenoemde 'twee-fasen-proces',⁵ de introductie van alternatieve toepassingen van het bouwteam⁶ en de voorgenomen herziening van de UAV-GC 2005⁷.

Dat het bovenstaande citaat 20 jaar oud is en niet ziet op deze recente ontwikkelingen en de oplossingen die daarin besloten liggen, laat onverlet dat zij wel degelijk in verband kunnen worden gebracht met een kwestie die blijkens het citaat al veel langer speelt: de problematische totstandkoming van geïntegreerde contracten door middel van competitieve aanbestedingsprocedures en de doorwerking daarvan in de uitvoering van die contracten.⁸

De gedachte is altijd geweest dat deze kwestie voldoende onder controle te brengen zou zijn met de standaardisatie van het geïntegreerde bouwproces, zoals die vanaf het einde van de vorige eeuw in ons land haar beslag heeft gekregen. Ik doel hier in het bijzonder natuurlijk op de introductie van de UAV-GC in 2000 en de aanpassing daarvan in 2005.⁹ Inmiddels lijkt echter meer en meer sprake te zijn van een breed gevoel – en dan gaat het niet alleen meer om de UAV-GC 2005 – dat het geïntegreerde bouwproces niet optimaal is ingericht. Dat blijkt ook uit de hiervoor genoemde publicaties en ontwikkelingen: in de kern zijn zij namelijk in meer of mindere mate allemaal te beschouwen als aanzetten tot verbetering van de geïntegreerde procesinrichting. Dat maakt nieuwsgierig naar deze ontwikkelingen en de oplossingen die daarin besloten liggen: mogelijk bieden zij kansen om eindelijk definitief af te rekenen met een probleem dat ons nu al meer dan 20 jaar bezighoudt?

1.2 Vraagstelling en doelstelling

Tegen de voorgaande achtergrond wil ik in dit boekje de volgende vragen beantwoorden. In de eerste plaats: wat is nu precies het probleem dat we al jarenlang proberen op

king van A.M.J. Vos).

4 Zie bijvoorbeeld de documenten 'Marktvisie' en 'Leidende Principes', te raadplegen via www.marktvisie.nu/downloads/.

5 In het verlengde van het in 2019 door Rijkswaterstaat gepubliceerde McKinsey-rapport, zie: 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 Onder andere blijkend uit de introductie van de Modelovereenkomst Bouwteam DG 2020, zie: <https://www.duurzaamgebouwd.nl/376-download-model-bouwteam-overeenkomst> en de Model Bouwteamovereenkomst 2021 van Bouwend Nederland, zie: <https://www.bouwendnederland.nl/media/10351/2021-05-01-kbnl-model-bouwteamcontract-2021.pdf>.

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

8 En zoals ik hierna nog zal laten zien, vertoont het in het citaat bedoelde voorstel voor een mogelijke oplossing overeenkomsten met het in 2019 door Rijkswaterstaat geïntroduceerde twee-fasen-proces. Zie daarover hierna par. 4.3.2 en 4.3.3.

9 Zie daarnaast ook de publicatie van verschillende ondersteunende leidraden, zoals: *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.

te lossen (hoofdstuk 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 (hoofdstuk 3)? Zoals uit de verdere analyse nog zal blijken, krijgt zo'n oplossing gestalte in een bepaalde inrichting van het bouwproces. Dat brengt mij bij de vraag welke oude en nieuwe procesinrichtingen inmiddels ter tafel liggen en hoe zij 'scoren' op de hiervoor bedoelde uitgangspunten (hoofdstuk 4). Ik sluit af met een overzicht van hetgeen we inmiddels weten en – met het oog op het doel van deze publicatie – wat nader onderzocht zou dienen te worden (hoofdstuk 5).

Het is niet mijn bedoeling – ik zou dat ook overigens niet kunnen – om de antwoorden op de bovenstaande vragen in dit boekje ten einde te denken. Het optimaliseren van de inrichting van het bouwproces ten behoeve van de aanbesteding en realisatie van geïntegreerde projecten is immers geen louter juridische aangelegenheid, maar vergt een interdisciplinaire inspanning.¹⁰ Hoe een doelmatige procesinrichting eruit zou moeten zien – ik leg hierna nog uit wat ik daar precies onder versta¹¹ – is een vraag die primair vanuit andere disciplines in samenspraak met de bouwpraktijk dient te worden beantwoord. Voor zover de in dat verband te maken keuzes vragen om afstemming op eventuele dwingendrechtelijke kaders – hier valt in het bijzonder te denken aan het gereguleerde aanbestedingsrecht – is voor de juridische discipline een bewakende en adviserende rol weggelegd.¹² Verder kunnen juristen natuurlijk adviseren als het gaat om (de aanpassing van) de inhoud van (bestaande) aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden,¹³ waarmee wordt beoogd te 'sturen' op gedrag van deelnemers aan het bouwproces: gedrag dat andere disciplines en de praktijk vanuit een oogpunt van doelmatigheid wenselijk achten.

Met de beantwoording van de hierboven gestelde vragen wil ik dan ook vooral een bijdrage leveren aan de verdere gedachtewisseling over de wisselwerking tussen een doelmatige inrichting van het geïntegreerde bouwproces enerzijds en de inhoud van de aanbestedings- en juridisch-administratieve voorwaarden waarmee – binnen de grenzen van het aanbestedingsrechtelijk kader – wordt beoogd op die doelmatigheid te sturen anderzijds.

Die bijdrage blijft in dit boekje vooralsnog beperkt. Zij bestaat in de kern 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,

10 Vgl. ook Chao-Duivis 2019, p. 15, p. 25 en p. 65. Zie bijvoorbeeld: A.M. Adriaanse, E.M. Bruggeman en J.T. Voordijk, *Digitale transformatie van het bouwproces en haar juridische en organisatorische aspecten*, Preadvies Vereniging voor Bouwrecht nr. 48, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2020; M.A.B. Chao-Duivis en J.W.F. Wansink, *Juridische aspecten van ketensamenwerking. Naar een multidisciplinaire benadering*, Preadvies Vereniging voor Bouwrecht nr. 41, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2013; L. Volker, 'Dilemma's tijdens het aanbesteden – het waardenperspectief van de publieke opdrachtgever', 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. 133-134. Zie hierover verder: E.M. Bruggeman en C.E.C. Jansen, 'Naar een coherent aanbestedings- en juridisch-administratief kader voor de bouw: voorstel voor een routekaart', *TBR* 2021/99, p. 774.

11 Zie par. 1.3.3.

12 Vgl. ook Chao-Duivis 2019, p. 66.

13 En dat geldt ook voor juridisch niet-bindende sturingsinstrumenten, zoals professionele leidraden.

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 eerder genoemde ontwikkelingen, zoals de uitrol van het twee-fasen-proces, de totstandkoming van nieuwe modelovereenkomsten voor het bouwteam en de herziening van de UAV-GC 2005, niet alleen onafhankelijk van elkaar plaatsvinden, maar dat een aantal van die ontwikkelingen 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.¹⁴ En daarvoor is weer nodig dat alle deelnemers aan de gedachteswisseling hierover zich zoveel mogelijk baseren op dezelfde feitelijke, conceptuele, terminologische en normatieve uitgangspunten, zowel wat betreft de probleemstelling, de verschillende procesinrichtingen zoals die op dit moment ter tafel liggen als de randvoorwaarden waaraan deze zouden moeten voldoen.¹⁵

Dit boekje beoogt in een dergelijke basis te voorzien. Het dient vervolgens te worden gelezen in samenhang met de artikelen van Andrea Chao, Rob Bleeker, Georg Huith en Arent van Wassenaer, die gelijktijdig met dit boekje zijn gepubliceerd in een themanummer van het *Tijdschrift voor Bouwrecht*.¹⁶ In die artikelen bouwen deze schrijvers voort op de basis die dit boekje probeert te leggen. Ieder van hen heeft dat gedaan door één procesinrichting nader te onderzoeken,¹⁷ mede in het licht van een aantal vragen die bij mij opkwamen tijdens het schrijven.¹⁸

Die artikelen bieden een mooi en verdiepend inzicht in de kenmerken van die procesinrichtingen, de wijze waarop zij zich verhouden tot het aanbestedingsrechtelijk kader, de keuzes die eventueel al zijn gemaakt, of nog zouden moeten worden gemaakt, voor wat betreft de inhoud van het aanbestedings- en juridisch-administratief kader, teneinde de doelmatigheid van de procesinrichtingen verder te faciliteren en – tot slot – een verdere

14 Dat zou althans mijn antwoord zijn op de vraag die Chao-Duivis aan het einde van haar afscheidsrede stelt: 'Hoe nu verder?', zie Chao-Duivis 2019, p. 65.

15 En dat we daarbij uiteraard zowel terugkijken als vooruitkijken. Vgl. in dit verband ook Chao-Duivis 2019, p. 15, voetnoot 42: 'Nu horen we iets vergelijkbaars m.b.t. het bouwteam. Dat zou een nieuw model zijn. Niets is minder waar, het model gaat terug tot de jaren vijftig van de vorige eeuw. Het is mede een taak van wetenschappers om het geheugen niet te verliezen en te waken voor een juiste weergave van de feiten.'

16 A.M.B. Chao, 'Bouwteam samenwerking als een procesinrichting om het informatierisico en de gevolgen daarvan het hoofd te bieden', *TBR* 2021/97, p. 743; R.G.T. Bleeker, 'Een bouwcontract en geen juristencontract. Over een eenvoudig twee-fasencontract binnen de UAV-GC', *TBR* 2021/95, p. 711; G.J. Huith, 'Eerlijk werk voor eerlijk geld? Enkele beschouwingen over het twee-fasen proces en daarbij behorende kritische succesfactoren', *TBR* 2021/96, p. 724; A.G.J. van Wassenaer, 'De alliantie verder ontrafeld', *TBR* 2021/98, p. 760. Mijn openingsbijdrage aan dat themanummer vat de hoofdlijnen van dit boekje samen, zie 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, p. 692.

17 Het betreft hier de procesinrichtingen (4), (5), (6) en (7) – zie de par. 4.3 en 4.4 – die in het themanummer achtereenvolgens worden besproken door Rob Bleeker, Georg Huith, Andrea Chao respectievelijk Arent van Wassenaer.

18 Ik heb die vragen in hoofdstuk 5 als aandachtspunten verwoord.

waardering van die procesinrichtingen in het licht van de in hoofdstuk 3 van dit boekje geformuleerde uitgangspunten. Dit alles heeft tot een aantal overkoepelende inzichten geleid die Evelien Bruggeman en ik vervolgens weer als basis hebben gebruikt voor een voorstel om te komen tot een coherent aanbestedings- en juridisch-administratief kader zoals hiervoor bedoeld. Dat voorstel hebben wij uitgewerkt in een artikel ter afsluiting van het themanummer.¹⁹

Dit boekje heeft tot slot nog tot doel om ook nieuwkomers in de bouw – studierend of werkend – met een juridische, economische, technische dan wel managementopleiding, inzicht te bieden in de achtergronden en inhoud van de problematiek van totstandkoming en uitvoering van geïntegreerde bouwcontracten in de context van competitieve aanbestedingsprocedures. Bijdragen aan oplossingen van ogenschijnlijk complexe problemen komen niet zelden uit de hoek van mensen die (nog) over een frisse blik beschikken, zo is althans mijn eigen ervaring met studenten die de Masteropleiding Bouwrecht aan de Vrije Universiteit volgen.

1.3 Enkele begrippen nader toegelicht

1.3.1 Verantwoording

In de voorgaande paragrafen gebruikte ik enkele begrippen die bij sommige lezers mogelijk vragen oproepen. Ik doel hier bijvoorbeeld op begrippen als ‘bouwproces’, ‘contractvorm’ en ‘procesinrichting’, al dan niet in combinatie met het bijvoeglijk naamwoord ‘geïntegreerde’. Omdat ik deze begrippen ook hierna zal blijven gebruiken en ik tevens enkele nieuwe begrippen zal introduceren die mogelijk eveneens niet door iedereen (op dezelfde manier) worden begrepen,²⁰ zal ik ze in de volgende paragrafen toelichten. Voor die toelichting zal ik deels terugrijpen op een tweetal onderzoeken die circa 15 jaar geleden gelijktijdig zijn uitgevoerd.

In de eerste plaats gaat het hier om het in 2007 verschenen eindrapport Masterstudie PSIBouw, waarvoor het onderzoek destijds door het Instituut voor Bouwrecht is uitgevoerd in opdracht van PSIBouw.²¹ In de tweede plaats, ik verwees er hierboven al even naar, doel ik op de in 2009 gepubliceerde Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten, gebaseerd op het onderzoek dat is verricht door de Commissie Aanbesteden onder voorzitterschap van Michiel Scheltema (hierna: Commissie Scheltema), in opdracht van de

19 Zie Bruggeman en Jansen 2021, *TBR* 2021/99, p. 774.

20 Ik denk hier bijvoorbeeld aan de ‘nieuwkomers’ die ik aan het einde van de vorige paragraaf noemde.

21 Eindrapport Masterstudie PSIB V310: *Institutioneel Kader: de invloed van regels op de organisatie, het verloop en de resultaten van bouwprocessen*. Het eindrapport is te vinden op: https://www.ibr.nl/psib_v310/. Zie over het onderzoek ook: 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 en beyond* (Liber Amicorum voor M.A.B. Chao-Duvis), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2019, p. 687-698.

Regieraad Bouw.²² Ook buiten de context van de hiernavolgende begripsverduidelijking zal ik in dit boekje naar deze onderzoeken verwijzen.²³

1.3.2 *Bouwproces, bouwprocesfuncties, bouworganisatievorm*

Met het begrip 'bouwproces' doel ik op het geheel aan beslissingen, met inbegrip van de activiteiten ter uitvoering van die beslissingen, die volgordelijk worden genomen respectievelijk verricht met het oog op de realisatie van een bouw- of infrastructureel werk (hierna: 'bouwproject').²⁴ Om tot de realisatie van een bouwproject te komen, zal in elk bouwproces een aantal taken moeten worden verricht. In dit verband wordt ook wel gesproken van 'bouwprocesfuncties'.²⁵ Te denken valt aan: initiatief nemen; financiering; terbeschikkingstelling van bouwgrond; verlenen van vergunningen; ontwerp; uitvoering; exploitatie en onderhoud.²⁶ In deze studie ligt de focus op de ontwerp- en de uitvoeringsfunctie.

De hiervoor genoemde taken of functies kunnen op verschillende manieren over de bij een bouwproces betrokken actoren worden verdeeld. Afhankelijk van de wijze waarop dat gebeurt, is sprake van een bepaalde 'bouworganisatievorm'.²⁷ De drie hoofdvormen die worden onderscheiden, zijn de traditionele bouworganisatievorm,²⁸ de geïntegreerde bouworganisatievorm²⁹ en de alliantie.³⁰ ³¹ Het criterium waarop deze onderscheiding is gebaseerd, houdt verband met de vraag bij welke actor de verantwoordelijkheid voor de ontwerpfunctie is belegd. Bij de traditionele bouworganisatievorm is dat de opdracht-

22 Commissie Aanbesteden voor de Bouw, *Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten*, Gouda: Regieraad Bouw 2009. Zie ook de daaraan voorafgaande Sleutelpublicatie: Regieraad Bouw, *Sleutelpublicatie: Beter aanbesteden in de bouw. Regels bieden ruimte voor kwaliteit, efficiency en innovatie*, Gouda: Regieraad Bouw 2006. Zie ook R.C. van der Mark, T. van der Rijken, H.J. Doornbos en I.M. Morkink, *Evaluatie Regieraad Bouw*, 2009, p. 27-28.

23 Zie met name par. 2.4. 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 beide onderzoeken. Ik voeg daar tegelijkertijd aan toe dat ik in dat kader nauw heb samengewerkt met vele anderen, zowel collegawetenschappers als experts vanuit de praktijk.

24 Vgl. in dit verband ook het eindrapport Masterstudie PSIBouw, p. 2. In de verschillende onderdelen van het rapport worden telkens een of meer van de in het bouwproces te nemen beslissingen als vertrekpunt voor het onderzoek genomen. Anders dan de Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten op p. 42 opmerkt, wordt het begrip 'bouwproces' daarin niet in een bijlage gedefinieerd. De hierboven gegeven definitie van het begrip sluit echter aan bij de context waarin het begrip in de Leidraad wordt gebruikt, zie met name Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 47.

25 A. Hendriks. *De prijsvorming in het bouwbedrijf*, diss. Amsterdam 1957, p. 32 en 146-161, aangehaald in: M.A.M.C. van den Berg, *Samenwerkingsvormen in de bouw*, diss. Tilburg 1990, Deventer: Kluwer 1990, p. 1.

26 Zie bijvoorbeeld Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 42-43. Zie ook Van den Berg, diss. 1990, p. 1.

27 Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 43 en de definitie op p. 403. Van den Berg spreekt in dit verband van 'figuren', zie Van den Berg, diss. 1990, p. 2.

28 Zie par. 2.2 hierna.

29 Zie par. 2.3.

30 Zie par. 4.4.

31 Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 55-56.

gever of diens adviseur.³² Bij de geïntegreerde bouworganisatievorm wordt de ontwerpfunctie samen met de uitvoeringsfunctie – geïntegreerd – opgedragen aan één actor: de ontwerpende aannemer.³³ In het geval dat de ontwerpfunctie geheel of ten dele bij de opdrachtgever en een andere actor *gezamenlijk* wordt belegd, is sprake van een alliantie.³⁴

1.3.3 *Vraagspecificatie, contractvorm, procesbeslissingen, procesinrichting*

Hierboven is het begrip ‘bouwproces’ gedefinieerd als het geheel aan beslissingen die volgordelijk worden genomen met het oog op de realisatie van een bouwproject.³⁵ Het zijn de bij het bouwproces betrokken actoren die deze beslissingen nemen. Zij doen dat met het oog op het bereiken van een bepaald resultaat, dat veelal in termen van kwaliteit, kosten en planning zal zijn uitgedrukt.³⁶ Om tot dat resultaat te komen, zullen hun beslissingen dan ook doelmatig moeten zijn.

Het nemen van beslissingen vindt plaats tijdens alle fasen van het bouwproces.³⁷ In dit onderzoek ligt de focus op beslissingen die worden genomen tijdens de aanbestedingsfase, de ontwerpfase en de bouwfase. Veel belangrijke ‘procesbeslissingen’ worden al tijdens de (voorbereiding van de) aanbestedingsfase genomen. Hier valt allereerst te denken aan de keuze van de in het concrete geval toe te passen bouworganisatievorm. In het verlengde daarvan liggen even belangrijke beslissingen die betrekking hebben op de ‘vraagspecificatie’ en de ‘contractvorm’. In zijn vraagspecificatie formuleert de opdrachtgever de eisen die tijdens de ontwerp- en bouwfase door een of meer andere actoren zullen moeten worden opgelost.³⁸ De contractvorm ziet vervolgens op de juridische vastlegging van de contractuele afspraken die na afronding van de aanbestedings-

32 En daarmee is ook het traditionele bouwteam een verschijningsvorm van de traditionele bouworganisatievorm, zie Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 57 en p. 403. Zie ook par. 4.2.2 hierna.

33 Zie Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 61-62 en p. 404. Het bovenstaande laat onverlet dat ook de opdrachtgever bij de geïntegreerde bouworganisatievorm in meer of mindere mate ontwerpbeslissingen zal nemen, alvorens het ontwerpstukje over te dragen aan de ontwerpende aannemer. Zie daarover meer uitgebreid par. 2.4.2. Overigens kunnen ook andere functies van het bouwproces, in aanvulling op de ontwerp- en uitvoeringsfunctie, geïntegreerd aan de ontwerpende aannemer worden opgedragen: het meerjarig onderhoud (DBM), de financiering (DBFM) en de exploitatie (DBFMO). De bouworganisatievormen die daarmee ontstaan, zijn verschijningsvormen van de geïntegreerde vorm. Zie Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 64-68 en p. 404. Deze verschijningsvormen vallen buiten het bestek van dit onderzoek.

34 Zie Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 61 en par. 4.4 hierna.

35 Met inbegrip van de activiteiten die ter uitvoering van de genomen beslissingen worden verricht. Ik laat dit onderdeel van de definitie vanaf nu gemakshalve weg.

36 Zie Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 45 en par. 2.4.2 hierna. Vergelijk ook de bekende ‘mantra’ in: A.G.J. van Wassenaer en C.H.J. Thomas, *www.werkinuitvoering21.com – interactief naar een nieuwe generatie bouwcontracten*, Preadviezen Vereniging voor Bouwrecht nr. 35, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2008, p. 1.

37 De eerdergenoemde door het Instituut voor Bouwrecht uitgevoerde Masterstudie PSIBouw is op de fasering van het bouwproces gebaseerd, zie het eindrapport Masterstudie PSIBouw 2007, p. 23.

38 Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 104 en 407.

fase tijdens de ontwerp- en bouwfase tussen de opdrachtgever en de hiervoor bedoelde actor(en) zullen gelden.³⁹

Beslissingen ten aanzien van de bouworganisatievorm, de vraagspecificatie en de contractvorm zijn, net zoals dat geldt voor veel van de andere beslissingen die tijdens de aanbestedingsfase worden genomen,⁴⁰ in belangrijke mate gestandaardiseerd. Dat betekent allereerst dat de beslissingsvrijheid beperkt is tot een aantal gestandaardiseerde opties, waarbij beslissingen met betrekking tot de vraagspecificatie en de contractvorm als het ware logisch voortvloeien uit de keuze van de toe te passen bouworganisatievorm.⁴¹ Het betekent echter ook dat in beginsel geen belemmeringen bestaan om tot *doelmatige* beslissingen te komen. Vooropgesteld dat de keuze van de toe te passen bouworganisatievorm op zichzelf doelmatig is – en ook de vervolgbeslissingen ten aanzien van de vraagspecificatie en de contractvorm consistent zijn met die keuze⁴² – heeft de opdrachtgever daarmee al tijdens de (voorbereiding van de) aanbestedingsfase een in beginsel goede basis voor een doelmatige ‘procesinrichting’ gelegd waarmee hij het met het bouwproces beoogde resultaat zal kunnen realiseren.

Het voorgaande laat echter onverlet dat de bij het bouwproces betrokken actoren ook nog aanvullende, niet-gestandaardiseerde projectspecifieke procesbeslissingen moeten nemen, niet alleen tijdens de aanbestedingsfase, maar ook tijdens de ontwerp- en bouwfase. Hier valt in het bijzonder te denken aan beslissingen die verband houden met onderwerpen zoals samenwerking, informatie-uitwisseling en communicatie, kwaliteitsmanagement, contractbeheersing en conflictoplossing, allemaal met het oog op het realiseren van het met het bouwproces beoogde resultaat. Voor een doelmatige inrichting van het totale bouwproces is dan allereerst vereist dat deze beslissingen consistent zijn met de hiervoor besproken (gestandaardiseerde) procesbeslissingen die de opdrachtgever al tijdens de (voorbereiding van de) aanbestedingsfase heeft genomen. Verder is het zo dat de voorafgaande (gestandaardiseerde) beslissingen natuurlijk mede bepalend zijn voor de mogelijkheden voor de betrokken actoren om doelmatige, projectspecifieke *vervolg*beslissingen te nemen. Indien de opdrachtgever bijvoorbeeld voor een contractvorm heeft gekozen die de actoren veel beleidsvrijheid laat wat betreft het nemen van beslissingen ten aanzien van het onderwerp informatie-uitwisseling, biedt dat ruimte voor het nemen van doelmatige beslissingen. Tegelijkertijd geldt natuurlijk dat die beleidsvrijheid dan ook de ruimte biedt tot nemen van beslissingen die dat niet zijn.

39 Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 134 en 404.

40 Zie Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 30-31 en p. 402. In het bijzonder valt hier te denken aan de beslissing met betrekking tot de toe te passen aanbestedingsprocedure en beslissingen die zien op de verdere inrichting van die procedure.

41 Bijvoorbeeld: een opdrachtgever die een infrastructureel project wil laten realiseren en in dat kader kiest voor de traditionele bouworganisatievorm, kiest er tevens voor zijn eisen te (laten) specificeren met behulp van de RAW-besteksystematiek. Wanneer hij dat laatste door een extern adviseur laat doen, maakt hij gebruik van de Model Basisopdracht met DNR 2011. Op de overeenkomst die hij vervolgens met de uitvoerend aannemer sluit, verklaart hij de UAV 2012 van toepassing.

42 Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 139.

1.3.4 Omgevingsfactoren, informatierisico, interpretatierisico

Wat het realiseren van een bouwproject zo bijzonder maakt, is dat die realisatie telkens opnieuw in een unieke projectomgeving plaatsvindt. In die projectomgeving bevinden zich tal van factoren – ik noem ze: ‘omgevingsfactoren’⁴³ – die nooit helemaal hetzelfde zijn. Te denken valt bijvoorbeeld aan de geotechnische bodemgesteldheid, de gebouwen en infrastructurele 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 project zullen worden getroffen.⁴⁴

Het unieke karakter van deze omgevingsfactoren vereist telkens opnieuw dat zowel de eisen van de vraagspecificatie van de opdrachtgever, als de door de andere actoren voorziene oplossing van die eisen, projectspecifiek op die factoren worden afgestemd.⁴⁵ Een dergelijke afstemming vraagt om procesbeslissingen die – opnieuw – doelmatig moeten zijn in het licht van het met het bouwproces beoogde resultaat. Om dergelijke beslissingen te kunnen nemen, is inzicht nodig in de feitelijke toestand waarin de omgevingsfactoren zich bevinden. Dat inzicht kan eventueel worden verkregen door het inwinnen van informatie met betrekking tot die feitelijke toestand. En dat brengt mij bij de begrippen ‘informatierisico’ en ‘interpretatierisico’.

In hoofdstuk 2 zal ik uitwerken dat het niet mogelijk is om door middel van het inwinnen van informatie, voorafgaande aan de totstandkoming van het contract tussen de opdrachtgever en de (al dan niet ontwerpende) aannemer, absolute zekerheid te verkrijgen wat betreft de feitelijke toestand waarin de omgevingsfactoren zich bevinden. Dat betekent dat de contracteringsbeslissing van partijen altijd in meer of mindere mate op aannames zal zijn gebaseerd wat betreft de feitelijke toestand die men tijdens de ontwerp- en bouwfase verwacht aan te treffen. Wanneer vervolgens tijdens het verloop van een van die fasen blijkt dat de daadwerkelijk aangetroffen toestand afwijkt van de toestand die verwacht werd aan te treffen, verwezenlijkt zich – zoals ik dat 20 jaar geleden noemde – een informatierisico:

‘De feitelijke bodemgesteldheid is op zichzelf eigenlijk helemaal niet als een risico te beschouwen, althans niet wanneer die gesteldheid in een concreet geval met 100% zekerheid in kaart zou kunnen worden gebracht. Het risico bestaat er nu juist in dat die 100% zekerheid niet te verkrijgen is zodat een oplossing van de eisen [van de vraagspecificatie van de opdrachtgever, C/] moet worden uitgewerkt op basis van de *veronderstelde* bodemgesteldheid. (...)

De gevallen waarin zich dan vervolgens een bodemgesteldheidsrisico verwezenlijkt, zijn in de eerste plaats de gevallen waarin tijdens de uitvoering van de prestatie blijkt dat de *feitelijke* bodemgesteldheid afwijkt van de vooraf *veronderstelde* bodemgesteldheid. Daarmee wordt het bodemgesteldheidsrisico in belangrijke mate teruggebracht tot een *informatierisico*: gegevens met betrekking tot de veronderstelde gesteldheid van de bodem blijken de feitelijke gesteldheid onjuist dan wel onvolledig weer te geven.⁴⁶

43 Zie Jansen, VBR Preadvies 2001, p. 21; Sleutelpublicatie 2006, p. 14.

44 Zie Jansen, VBR Preadvies 2001, p. 22.

45 Sleutelpublicatie 2006, p. 14; Eindrapport Masterstudie PSIBouw 2007, p. 81 en p. 297. Dit is overigens niet uniek voor de realisatie van bouwprojecten. We zien hetzelfde bijvoorbeeld terug bij ICT-projecten.

46 Zie Jansen, VBR Preadvies 2001, p. 139. Het risico werd in de praktijk en in de literatuur uiteraard al

Het informatierisico beperkt zich overigens niet tot de bodemgesteldheid maar kan op alle omgevingsfactoren zien, waarvan ik hierboven enkele voorbeelden noemde.⁴⁷ In de volgende paragraaf sta ik nog wat uitvoeriger stil bij het informatierisico, omdat het de rode draad van dit boekje vormt.

Volledigheidshalve merk ik hier nog op dat er ook een tweede risico kan worden geïdentificeerd: het interpretatierisico. Daarmee doel ik op het risico dat de ten aanzien van een bepaalde omgevingsfactor beschikbare informatie de feitelijke toestand daarvan op zichzelf volledig en juist weergeeft, maar dat een van de actoren bij het afstemmen van (de oplossing van) de eisen van de vraagspecificatie op die omgevingsfactor een verkeerde beslissing neemt, in die zin dat hij de beschikbare informatie verkeerd interpreteert.⁴⁸

1.4 Rode draad: informatierisico

In de vorige paragraaf merkte ik al op dat het informatierisico de rode draad van dit boekje vormt. Ik sta daarom wat langer bij dit risico stil. Ik doe dat mede omdat ik erop ben gewezen dat ook andere vormen van informatiegerelateerde risico's kunnen worden geproblematiseerd, naast de ogenschijnlijk beperkte vorm waar ik blijkens de vorige paragraaf vanuit ga.⁴⁹

Ik ben mij ervan bewust dat zich in het kader van de realisatie van een bouwproject ook andere feiten en omstandigheden kunnen voordoen – geabstraheerd van de context van de afstemming van het project op onbekende omgevingsfactoren – die een negatieve impact op de doelmatigheid van 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

eerder onderkend. Ik kom daar hieronder en in par. 4.3.2 nog op terug.

47 Vgl. Jansen, VBR Preadvies 2001, p. 115 e.v.

48 Jansen, VBR Preadvies 2001, p. 139-140: 'In dat geval verzeenlijkt het [bodemgesteldheids]risico zich (...) niet doordat de feitelijke gesteldheid van de bodem zou afwijken van de veronderstelde gesteldheid: van een afwijking is helemaal geen sprake. Het risico verzeenlijkt zich, doordat de volledige en juiste gegevens verkeerd worden geïnterpreteerd.'

49 Dat gebeurde tijdens voorbesprekingen met een aantal van de auteurs die hebben bijgedragen aan het eerder genoemde themanummer van het *Tijdschrift voor Bouwrecht*. Met dank aan Evelien Bruggeman en Arent van Wassenauer.

een *systeemkenmerk*⁵⁰ dat nu eenmaal inherent is aan de realisatie van bouwprojecten en daarmee vergelijkbare projecten. Daarmee bedoel ik dat zowel de eisen van de vraagspecificatie als de oplossing van die eisen projectspecifiek moeten worden afgestemd op risicovolle omgevingsfactoren, waarvan de feitelijke toestand niet alleen geheel of ten dele onbekend is, maar zich bovendien nooit met 100% zekerheid laat kennen.⁵¹ In de probleemanalyse van hoofdstuk 2 ga ik daar meer uitgebreid op in.⁵² Wat ik vooruitlopend daarop opmerk, is dat de andere risico's niet specifiek lijken te zijn voor de realisatie van (bouw)projecten zoals hiervoor bedoeld: die risico's hebben immers een generiek karakter. Het zijn bovendien risico's die geen verband houden met onbekendheden die zich nooit voor 100% laten kennen, zodat ook het vraagstuk van de beheersing van die risico's van een andere en mogelijk eenvoudigere 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.⁵³ 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 daarin als het ware de rode draad lijkt te zijn.^{54/55} Nadien verschenen literatuur,⁵⁶ waaronder tal

-
- 50 Toen ik met Andrea Chao op 4 maart 2020 bij haar op kantoor een studiemiddag voorbereide voor het Instituut voor Bouwrecht, kwamen wij op de term *systeemprobleem*. Arent van Wassenaer merkte het afgelopen voorjaar tijdens een voorbespreking over dit boekje op dat het begrip *systeemkenmerk* de lading waarschijnlijk beter dekt. Ik neem dat begrip graag van hem over.
- 51 Totdat het project klaar is natuurlijk.
- 52 Zie met name par. 2.4.
- 53 Chao-Duivis 2019, p. 17 e.v. en p. 31 e.v. Zij onderscheidt enerzijds 'het pijnpunt dat er van het begin af was en dat maar niet weg ging; de af te geven prijs in combinatie met de onbekendheden' en anderzijds 'andere pijnpunten in het geïntegreerde model', waaronder het pijnpunt van raakvlakproblemen en interpretatievragen met betrekking tot de scope en afbakening van de werkzaamheden.
- 54 Zie Chao-Duivis 2019, p. 17-24 en de aldaar door haar besproken literatuur, in het bijzonder (in chronologische volgorde): H. de Ridder, *Design & Construct of Complex Civil Engineering Systems*, diss. Delft 1994; L. De Boer, 'Kanttekeningen bij het gebruik van Design & Construct bij grote en complexe werken', *BR* 1995, p. 636 e.v.; verschillende bijdragen aan M.A.M.C. van den Berg en C.E.C. Jansen (red.), *De ontwerpende bouwver: over turnkey- en design & build-contacten*, Deventer: Tjeenk Wilink 1996; B. van den Berg, 'Privaatrechtelijke aspecten van ondergronds bouwen', in: *Juridische aspecten van ondergronds bouwen*, Preadviezen Vereniging voor Bouwrecht nr. 25, Deventer: Kluwer 1997; J.G.J. Janssen, 'Aanbesteding van een geïntegreerd project; de inbedding van de UAV-GC 2000 in de (Europese) aanbestedingsregelgeving', *BR* 2000, p. 723-726; Jansen, VBR Preadvies 2001; R.G.T. Bleeker, W.J.M. Herber en B. van der Zijpp, *UAV-GC 2005. Over problemen bij het werken met geïntegreerde contracten*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2016. Elders in haar rede noemt zij in dit verband ook nog: D.E. van Werven, 'Zorgvuldig prijzen', *BR* 2005/124, p. 550 e.v.; Van Wassenaer en Thomas, VBR Preadvies 2008; E. van Dam, I. De Groot en D.C. Orobio de Castro, 'De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten 2005, tijd voor een herziening?', *TBR* 2016/4, p. 26-38; G.J. Huith en M.R. van Rijckevorsel, 'Informatieverstrekking, de achilleshiel van de UAV-GC 2005', *TBR* 2016/52, p. 351-360; M.B. Klijn, 'Prijsvorming bij alliantiecontracten', 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. 27-38; B.R. van Veen, 'Enkele overpeinzingen over de UAV-GC 2005', *TBR* 2019/4, p. 22-31.
- 55 Ik wijs ook nog op de eerder genoemde onderzoeken van de Commissie Scheltema en het Instituut voor Bouwrecht: Sleutelpublicatie 2006, p. 21 en p. 38; eindrapport Masterstudie PSIBouw 2007, p. 81-82 en p. 297-298.
- 56 Zie bijvoorbeeld W.J.M. Herber, 'Informatieverstrekking in de UAV-GC 2005 en concept UAV-GC', *TBR* 2021/71, p. 518-520.

van bijdragen aan haar afscheidsbundel,⁵⁷ bevestigt dit. 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’.⁵⁸ De sector heeft in 2016 eveneens op het belang van deze kwestie gewezen in de Marktvisie:

‘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 beprijzen 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.’⁵⁹

Tot slot wijs ik er nog op dat een aantal van de in paragraaf 1.1 van deze publicatie 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.⁶⁰

‘Uit analyse en interviews blijkt dat een aantal risico’s voorafgaand aan een aanbesteding niet goed in beeld is. Voorbeelden hiervan zijn gegevens van de staat van het areaal en gegevens met betrekking tot de interpretatie van de ondergrond. Pas indien er voldoende, kwalitatief goede informatie beschikbaar is, kan een weloverwogen besluit worden genomen over een passende risicoverdeling.’⁶¹

Zoals ik aan het begin aangaf, gaat dit boekje over een kwestie die ons al veel langer bezighoudt: de problematische totstandkoming van geïntegreerde contracten door middel van competitieve aanbestedingsprocedures en de doorwerking daarvan in de uitvoering van die contracten.⁶² Wat ik met het voorgaande heb willen duidelijk maken, is dat het informatierisico mijns inziens de kern van die kwestie vormt. Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat andere (al dan niet informatiegerelateerde) risico’s die een negatieve impact op het bouwproces kunnen hebben niet of minder belangrijk zouden zijn. En wat ook overigens niet valt uit te sluiten, maar dan loop ik op de zaken vooruit, is dat een aantal van de recente ontwikkelingen ons niet alleen iets te bieden heeft als het gaat om een betere beheersing van het informatierisico, maar dat zij ook inzichten bieden die kunnen bijdragen aan het voorkomen en beheersen van (de gevolgen van) andere problemen die

57 Liber Amicorum Chao-Duivis 2019. Ik noem in het bijzonder de volgende bijdragen: B. van den Berg, ‘Risicoreductie bij grote geïntegreerde contracten’, p. 149-162; B. Fuchs, ‘Differing site conditions’, p. 219-228; D.C. Orobio de Castro, ‘Naar evenwichtige voorwaarden bij het contracteren van infrastructurele projecten in Nederland’, p. 299-306; W.J.M. Herber, ‘De herziening van de UAV-GC 2005’, p. 663-680; D.E. van Werven, ‘De bodem in de UAV-GC 2005: goede grond voor herziening’, p. 781-798.

58 Zie Chao-Duivis 2019, p. 55: ‘Het pijnpunt dat maar niet weg ging’. Zie hierna ook de probleemanalyse in par. 2.

59 Zie de bij de Marktvisie behorende Leidende Principes, op p. 6. Chao-Duivis 2019, p. 58-59, concludeert voorzichtiger.

60 Vgl. ook Chao-Duivis 2019, p. 55. 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.

61 Toekomstige opgave Rijkswaterstaat 2019, p. 36.

62 Zie par. 1.1.

zich bij de realisatie van bouwprojecten kunnen voordoen en die niet direct verband houden met het informatierisico.⁶³

63 Zie hierover verder: Bruggeman en Jansen, *TBR 2021/99*, p. 774.

2 Probleemanalyse

2.1 Opmerkingen vooraf

Zoals uit de inleiding al bleek, houdt het probleem dat oplossing behoeft verband met de totstandkoming van geïntegreerde contracten door middel van competitieve aanbestedingsprocedures en met de doorwerking van die bijzondere wijze van totstandkoming in de uitvoering van die contracten. Deze methode van aanbesteden en contracteren is in de jaren negentig van de vorige eeuw in ons land geïntroduceerd, als mogelijk alternatief voor de al veel langer toegepaste traditionele methode. Om het op te lossen probleem goed te kunnen doorgronden, zullen we ons dus eerst in die laatstgenoemde methode moeten verdiepen.

Hierna zal ik eerst een beschrijving geven van de kenmerken van de traditionele methode van aanbesteden en contracteren en van de (oorzaken van) problemen die zich bij de toepassing van die methode kunnen voordoen (paragraaf 2.2). In het verlengde daarvan kan vervolgens de ontwikkeling van de geïntegreerde methode, alsook de daarmee ervaren problemen en hun onderliggende oorzaken worden verklaard (paragraaf 2.3).

Wat uit deze globale analyses vooral zal blijken, is dat men bij de realisatie van een bouwproject – ongeacht of men nu kiest voor de toepassing van de traditionele dan wel de geïntegreerde methode – altijd met het informatierisico te maken zal krijgen. Dat is zoals ik eerder opmerkte een systeemkenmerk¹ dat inherent is aan de realisatie van bouwprojecten. Wat men daarom zou moeten proberen te doen, is de eventuele verwezenlijking van (de gevolgen van) dat informatierisico zoveel mogelijk te beheersen met behulp van een goed doordachte inrichting van het bouwproces. Hoe zo'n procesinrichting er idealiter uit zou moeten zien, *dat* is het probleem dat oplossing behoeft. In de afsluitende paragraaf ga ik in op de vraag waarom dit een lastige uitdaging is (paragraaf 2.4).

2.2 Waar komen we vandaan: traditionele bouworganisatievorm

2.2.1 Kenmerken

Kenmerkend voor de traditionele bouworganisatievorm en de bijbehorende procesinrichting is dat het ontwerp van het te realiseren project eerst tot op besteksniveau wordt uitgewerkt, alvorens de opdrachtgever een overeenkomst met een aannemer sluit voor de bouw van dat project. Een kenmerk is verder dat de aannemer niet bij de totstandkoming van het bestek is betrokken. Datzelfde geldt voor de verschillende ontwerpfasen die aan het bestek voorafgaan en die achtereenvolgens resulteren in het structuuront-

1 Zie par. 1.4.

werp, het voorontwerp, het definitief ontwerp en het technisch ontwerp.² De opdrachtgever laat deze ontwerpdocumenten, evenals het bestek, ófwel binnen zijn eigen organisatie vervaardigen, ófwel hij besteedt die taak uit aan een externe architect of raadgevend ingenieur, hierna: de adviseur. In beide gevallen is het de taak van de opdrachtgever respectievelijk de adviseur om alle eisen van het ontwerp goed af te stemmen op de projectspecifieke omgevingsfactoren.³

Zodra het ontwerp tot op besteksniveau is voltooid, gaat de opdrachtgever over tot de aanbesteding van de opdracht voor de bouw van het project. Verschillende aannemers bieden daarvoor een vaste prijs aan. Zij baseren die prijs niet alleen op de eisen van het ontwerp, maar ook op door de opdrachtgever verstrekte informatie met betrekking tot de feitelijke toestand waarin de omgevingsfactoren zich naar verwachting zullen bevinden. Dat is informatie waar de opdrachtgever of diens adviseur ook zelf van is uitgegaan in het kader van de uitwerking van de eisen van het ontwerp. De aannemer aan wie de opdrachtgever de opdracht gunt, gaat vervolgens aan de slag met de bouw van het project.

2.2.2 Probleemanalyse

De problemen die zich tijdens de bouwfase kunnen voordoen, zijn legio. Waar het bij al deze problemen in de kern op neerkomt, is dat de zaken anders verlopen dan partijen zich dat vooraf hadden voorgesteld. Dat kan verschillende oorzaken hebben. Voor het doel van deze bijdrage zijn vooral die oorzaken interessant die zijn gelegen in de fasen voorafgaande aan de bouw: de ontwerpfase en de daaropvolgende fase van de aanbesteding van de bouwopdracht.⁴

Een geval dat zich bijvoorbeeld kan voordoen, is dat tijdens de bouw aan het licht komt dat de opdrachtgever of diens adviseur de eisen van het ontwerp – onbedoeld natuurlijk – heeft gebaseerd op een onjuiste en of onvolledige perceptie van de bestaande toestand van de in paragraaf 1.3.4 genoemde projectspecifieke omgevingsfactoren. Als gevolg daarvan kan het project niet conform de eisen worden gebouwd en zullen die eisen moeten worden aangepast. In het verlengde hiervan ligt het geval dat de bouw van het project weliswaar conform de eisen van het ontwerp mogelijk is, maar dat met de uitvoering daarvan meer kosten en of tijd zullen zijn gemoeid dan de aannemer aanvankelijk in zijn aanbieding heeft ingeschat. Dat laatste vindt dan zijn oorzaak in het feit dat de van de opdrachtgever afkomstige informatie, waar de aannemer zich voor het doen van zijn inschatting op heeft gebaseerd, de bestaande toestand van de omgevingsfactoren onvolledig dan wel anders weergeeft dan deze in werkelijkheid blijkt te zijn.

Het risico dat zich in beide hiervoor geschetste gevallen verwezenlijkt, betreft het eerder genoemde informatierisico.⁵ De verwezenlijking van dat risico vindt in de zojuist besproken gevallen een oorzaak in de tijdens de ontwerpfase gemaakte minder gelukkige

2 Zie de Toelichting op de Standaardtaakbeschrijving DNR-STB 2014, p. 11-13.

3 Zie par. 1.3.4.

4 Oorzaken kunnen daarnaast natuurlijk ook in de bouwfase zelf zijn gelegen. Ik denk dan met name aan uitvoeringsfouten van de aannemer.

5 Zie par. 1.3.4 en 1.4.

keuzes.⁶ Die keuzes zijn bovendien tijdens de daaropvolgende fase van de aanbesteding van de bouwopdracht onopgemerkt gebleven. Wat het er ook overigens allemaal niet beter op maakt, is nog het volgende.

De aannemer heeft zich zoals gezegd verbonden tot de bouw van het project tegen een – in beginsel – vaste prijs. Gegeven dat die prijs tot stand is gekomen in het kader van een aanbesteding in concurrentie, bestaat de kans – zeker in periodes waarin sprake is van een zogenoemde prijsvechtersmarkt – dat de overeengekomen prijs onverantwoord laag is. In dat geval bestaat bovendien de kans dat de aannemer in de verleiding komt om mogelijk problematische ontwerpkeuzes van de opdrachtgever of diens adviseur te exploiteren.⁷

Wanneer de zaken tijdens de bouw anders blijken te verlopen dan partijen zich dat vooraf hadden voorgesteld, vertaalt zich dit dikwijls in het niet dan wel onvoldoende behalen van de met het project beoogde doelstellingen. Het gevolg daarvan is dat extra investeringen in tijd en geld moeten plaatsvinden teneinde de projectdoelstellingen alsnog zoveel mogelijk te kunnen realiseren. Die extra investeringen zullen hoe dan ook uit de zakken van partijen moeten worden gefinancierd. Daarbij zal dan van geval tot geval moeten worden vastgesteld, met inachtneming van de tussen partijen gemaakte contractuele afspraken die in de regel op de UAV 2012 zullen zijn gebaseerd, of die investeringen ten laste van de opdrachtgever dan wel van de aannemer komen. Het is geen geheim dat die vaststelling vaak gepaard gaat met een verslechtering van de onderlinge verhoudingen, mogelijk resulterend in een juridisch geschil. Dat komt de verdere voortgang en afwikkeling van de realisatie van het project niet ten goede. Voor de opdrachtgever is dit allemaal met name problematisch wanneer hij de ontwerptaak heeft uitbesteed aan een adviseur. In dat geval zal hij de discussie over de vraag wie verantwoordelijk is voor de gevolgen van het risico dat zich heeft verwezenlijkt mogelijk immers op twee fronten moeten voeren, met de kans dat de adviseur en de aannemer de beschuldigende vinger naar elkaar zullen uitsteken.

2.3 Waar zijn we naartoe gegaan: geïntegreerde bouworganisatievorm

2.3.1 Ontwikkeling en achtergronden

De geïntegreerde bouworganisatievorm heeft in ons land in de loop van de jaren negentig van de vorige eeuw vaste voet aan de grond gekregen.⁸ Het belangrijkste verschil tussen de traditionele en de geïntegreerde bouworganisatievorm noemde ik eerder al.⁹

6 Overigens is het zo dat ook wanneer het informatierisico zich niet verwezenlijkt, het regelmatig voorkomt dat de opdrachtgever tijdens de bouw onverhoopt toch moet besluiten de eisen van het ontwerp aan te passen. In sommige gevallen doet hij dat, omdat hij zich pas op dat moment – te laat – realiseert wat hij precies wil. In andere gevallen, omdat die eisen onvoldoende duidelijk blijken te zijn, of onvereenigbaar zijn met andere ontwerpisen.

7 Hij doet dat door aan te sturen op bestekwijzigingen en of door het indienen van meerwerkclaims.

8 Zie hierover ook Chao-Duivis 2019, p. 7-15, die veel uitvoeriger ingaat op de ontwikkeling en achtergronden. Zie voorts de Toelichting op de Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005, p. 6-7.

9 Zie par. 1.3.2.

Bij de geïntegreerde bouworganisatievorm draagt de opdrachtgever een aannemer op om voorafgaande aan de bouw van het project nu ook (een deel van) het ontwerp te vervaardigen. Alvorens in de volgende paragraaf verder in te gaan op de kenmerken van deze organisatievorm en de daarop gebaseerde procesinrichting, merk ik ter inleiding eerst nog het volgende op.

Met de integratie van ontwerp en bouw in één hand is destijds vooral beoogd om efficiency-voordelen te bereiken:¹⁰ een bekorting van de totale doorlooptijd van projecten, waarbij de aannemer in de ontwerpfasen bovendien slim gebruik zou kunnen maken van zijn uitvoeringsdeskundigheid. Daarmee zou dan voor opdrachtgevers bovendien de mogelijkheid ontstaan om de beslissing tot gunning van opdrachten niet langer meer te baseren op prijs alleen, maar ook de kwaliteit van de door aannemers aangeboden ontwerpoplossingen bij die beslissing te betrekken. In het verlengde hiervan zou bovendien een organisatorische afslanking van overheidsopdrachtgevers kunnen worden bewerkstelligd door kennis van ontwerpprocessen over te hevelen naar de markt.¹¹

Het is belangrijk om voor ogen te houden dat de geïntegreerde bouworganisatievorm nooit lijkt te zijn bedoeld als een antwoord op de in de vorige paragraaf geschetste nadelen die kleven aan het gebruik van de traditionele bouworganisatievorm. Toegegeven, sommigen zullen destijds mogelijk hebben gedacht dat een opdrachtgever met zijn keuze voor de geïntegreerde bouworganisatievorm verlost zou zijn van eventuele discussies over de verantwoordelijkheid voor met het ontwerp verband houdende risico's.¹² Maar nog afgezien van het feit dat al in de beginjaren erop is gewezen dat het met die verschuiving van risico's naar de ontwerpende aannemer allemaal veel genuanceerder ligt – ik kom daar in de volgende paragrafen nog uitvoeriger op terug – is met een *verschuiving* van een risico natuurlijk nog geen sprake van een *beheersing* van (de gevolgen van) dat risico. Men zou hoogstens kunnen beweren dat de opdrachtgever bij de geïntegreerde bouworganisatievorm het voordeel heeft dat hij niet langer meer aanloopt tegen het probleem dat hij de discussie op twee fronten moet voeren, in het geval dat een met het ontwerp verband houdend risico zich verwezenlijkt.¹³ En zelfs dat is, zoals hierna eveneens nog zal blijken, slechts een betrekkelijk voordeel.

2.3.2 Kenmerken

Net zoals dat bij de traditionele bouworganisatievorm het geval is, moet ook bij de geïntegreerde bouworganisatievorm het ontwerp van het te realiseren project eerst zijn voltooid, alvorens de bouw op basis van dat ontwerp kan starten.¹⁴ Het belangrijkste verschil is echter dat het nu de aannemer is die tot taak krijgt het ontwerp te vervaardi-

10 Vgl. ook Chao-Duivis 2019, p. 9.

11 Vgl. ook Chao-Duivis 2019, p. 14-15.

12 Zie overigens recent nog: Toekomstige opgave Rijkswaterstaat 2019, p. 13. Zie ook hier Chao-Duivis 2019, p. 14-15.

13 Chao-Duivis 2019, p. 14-15.

14 En dat laat natuurlijk onverlet dat het mogelijk is om al vast te starten met de bouw van een onderdeel van het project, voor zover het ontwerp van dat deel is voltooid, terwijl het ontwerp voor de overige onderdelen nog niet gereed is. Maar die mogelijkheid bestaat binnen de kaders van de traditionele bouworganisatievorm natuurlijk ook.

gen. In dit verband dient overigens een belangrijke nuancerende opmerking te worden gemaakt.

Het is niet zo dat de ontwerpende aannemer het *volledige* ontwerp maakt. Voor alle varianten van de procesinrichting die op de geïntegreerde bouworganisatievorm is gebaseerd, geldt immers dat de opdrachtgever de eisen van het ontwerp hoe dan ook zelf uitwerkt tot een functioneel programma van eisen. De opdrachtgever kan zelfs nog een stap verder gaan en de eisen van het ontwerp uitwerken tot een voorlopig ontwerp, alvorens het stokje over te geven aan de ontwerpende aannemer. En in de meest vergaande variant kan hij zijn eisen zelfs uitwerken tot een definitief ontwerp. Voor alle hiervoor genoemde varianten geldt dat de aannemer hoe dan ook altijd de laatste stap in het ontwerpproces zal zetten: het uitwerken van het definitief ontwerp tot een uitvoeringsontwerp.¹⁵ Of hij ook de daaraan voorafgaande stappen zal moeten zetten – de uitwerking van het programma van eisen tot een voorlopig ontwerp en de uitwerking van dat voorlopig ontwerp tot een definitief ontwerp – hangt af van de mate waarin de opdrachtgever zelf invloed wil kunnen uitoefenen op de uitwerking van de eisen van het ontwerp. En opnieuw geldt dat de opdrachtgever die uitwerking ófwel binnen zijn eigen organisatie kan laten plaatsvinden, ófwel die taak kan uitbesteden aan een externe adviseur. Aldus beschouwd bestaat er geen harde cesuur tussen de traditionele en de geïntegreerde bouworganisatievorm: de variant waarbij de opdrachtgever eerst door een adviseur een definitief ontwerp laat vervaardigen om vervolgens een aannemer opdracht te geven tot het uitwerken van dat definitief ontwerp in een uitvoeringsontwerp en het project conform te bouwen, schuurt immers zeer dicht tegen de traditionele bouworganisatievorm aan.¹⁶

Ook voor een op de geïntegreerde bouworganisatievorm gebaseerde procesinrichting geldt dat de eisen van het ontwerp hoe dan ook afgestemd zullen moeten worden op de projectspecifieke omgevingsfactoren.¹⁷ Evenmin als kan worden gesteld dat de ontwerpende aannemer altijd het volledige ontwerp zal vervaardigen, kan worden gesteld dat hij altijd volledig voor die afstemming zal zorgen. Het maken van ontwerpkeuzes

15 Alle hierboven onderscheiden varianten passen binnen het juridisch-administratief kader van de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005. Zie daarvoor artikel 5 Model Basisovereenkomst.

16 En zoals Ian Duncan Wallace ons al leerde: zo lang de eisen van de opdrachtgever ruimte bieden voor het maken van keuzes tussen meerdere oplossingen, moeten er keuzes worden gemaakt die als *ontwerpkeuzes* zouden kunnen worden aangeduid. Dat geldt uiteindelijk dus zelfs ook voor de aannemer in de traditionele bouworganisatievorm: 'All these are, on close analysis, cases of design, because they involve the element of freedom of choice as between different materials, but are frequently not so referred to because the finer details of construction, even in sophisticated contracts, and in less formal contracts a great deal of more important design, is in practice left to the 'good building practice' of the tradesman or contractor concerned, for which the word 'workmanship' is commonly used by lawyers and industry alike', zie: I.N. Duncan Wallace, *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 11th edition, London: Sweet & Maxwell 1995, 4-065. Zie ook 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. 19-23. Dat de traditionele en de geïntegreerde bouworganisatievorm sterk in elkaars verlengde liggen, betekent overigens niet dat de juridisch-administratieve voorwaarden ten behoeve van beide vormen exact hetzelfde zouden kunnen luiden. In mijn pleidooi voor een coherent stelsel van dergelijke voorwaarden heb ik wat dat betreft een genuanceerd standpunt ingenomen, zie Jansen, oratie Tilburg 2014, p. 37-39. Zie voorts Bruggeman en Jansen, *TBR 2021/99*, par. 2.2.

17 Zie daarvoor opnieuw par. 1.3.4 en par. 2.2.1.

vooronderstelt immers dat bij het oplossen van de eisen van het ontwerp – waarbij onderliggende abstracte eisen worden uitgewerkt in nadere concrete eisen – acht wordt geslagen op de mogelijke risicovolle interacties tussen die eisen enerzijds en de projectspecifieke omgevingsfactoren anderzijds. Deze cruciale taak is bij de geïntegreerde bouworganisatievorm verdeeld over de opdrachtgever (en zijn eventuele adviseur) en de ontwerpende aannemer, met dien verstande dat het *zwaartepunt* van die taak nu eens bij de opdrachtgever en dan weer bij de aannemer ligt, afhankelijk van de variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm waarvoor de opdrachtgever heeft geopteerd. Van een opdrachtgever die ervoor kiest de eisen van het ontwerp zelf tot een definitief ontwerp uit te werken, alvorens het stokje over te dragen aan de ontwerpende aannemer, zal wat betreft de afstemming van die eisen op de omgevingsfactoren meer mogen worden verwacht dan van de opdrachtgever die zich beperkt tot het uitwerken van zijn eisen tot een functioneel programma van eisen. In die laatste variant ligt het zwaartepunt van de afstemmingstaak bij de ontwerpende aannemer.

In paragraaf 2.2.1 heb ik gewezen op een belangrijk kenmerk van de traditionele bouworganisatievorm en haar procesinrichting: de afstemming van de eisen van het ontwerp op de projectspecifieke omgevingsfactoren is voltooid op het moment dat de opdrachtgever overgaat tot de aanbesteding van de opdracht voor de bouw van het project. Voor de geïntegreerde bouworganisatievorm ligt dat anders. Bij die vorm gaat de opdrachtgever over tot de aanbesteding van een geïntegreerde ontwerp- en bouwopdracht op het moment dat hij zijn eisen tot het gewenste niveau – programma van eisen, voorlopig ontwerp dan wel definitief ontwerp – heeft uitgewerkt. Verschillende aannemers bieden vervolgens een vaste prijs aan voor zowel het uitwerken van die eisen tot een uitvoeringsontwerp als voor de bouw van het project. Opnieuw geldt dat zij die prijs niet alleen baseren op de door de opdrachtgever gestelde eisen, maar ook op door deze verstrekte informatie met betrekking tot de feitelijke toestand waarin de projectspecifieke omgevingsfactoren zich naar verwachting zullen bevinden. En net zoals dat voor de traditionele bouworganisatievorm geldt, is dat informatie waar de opdrachtgever vaak ook zelf vanuit is gegaan in het kader van het uitwerken van zijn programma van eisen, voorlopig ontwerp of definitief ontwerp. De aannemer aan wie de opdrachtgever de geïntegreerde opdracht gunt, gaat vervolgens aan de slag met de verdere uitwerking van het ontwerp alvorens met de bouw van het project te starten.

Het moge duidelijk zijn wat in het verlengde van eerdergenoemde verschillen een cruciaal verschil is tussen de traditionele en de geïntegreerde bouworganisatievorm. Bij die laatste vorm vindt de afstemming van de eisen van het ontwerp op de omgevingsfactoren voor een deel immers pas plaats nadat de aanbesteding van de opdracht heeft geresulteerd in de totstandkoming van een overeenkomst op basis van een vaste prijs. Afhankelijk van de door de opdrachtgever gekozen variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm kan het hier om een substantieel deel gaan. De kans bestaat dan dat de door de opdrachtgever verstrekte informatie met betrekking tot de feitelijke toestand waarin de omgevingsfactoren zich naar verwachting zullen bevinden, voor de ontwerpende aannemer ontoereikend is om risicovolle interacties tussen die factoren en zijn ontwerpkeuzes goed te kunnen inschatten. Dat betekent dat aanvullende informatie nodig zal zijn om die inschatting te kunnen maken. Mogelijk zal de aannemer ervoor

kiezen om zelf naar die informatie op zoek te gaan, eventueel al tijdens de aanbestedingsfase voorafgaande aan zijn prijsaanbieding.¹⁸

Wat ook nog een mogelijkheid is, is dat de opdrachtgever de aanbesteding zodanig organiseert dat de in de opdracht geïnteresseerde aannemers de eisen van het ontwerp al ten dele moeten uitwerken als onderdeel van hun aanbiedingen. In dat geval baseert de opdrachtgever zijn beslissing tot gunning van de opdracht niet alleen op de door de aannemers aangeboden prijzen, maar ook op de hiervoor bedoelde uitwerkingen. Deze mogelijkheid laat echter onverlet dat – anders dan bij de traditionele bouworganisatievorm het geval is – ook in een dergelijk geval hoe dan ook na gunning en totstandkoming van de opdracht nog aanvullende ontwerpkeuzes zullen worden gemaakt, dat die keuzes mede zullen moeten worden afgestemd op de omgevingsfactoren en dat het voor die afstemming nodig kan zijn ten aanzien van die factoren informatie te verkrijgen om risicovolle interacties met de te maken ontwerpkeuzes goed te kunnen inschatten.

2.3.3 Probleemanalyse

In deze paragraaf bespreek ik de problemen – en vooral hun onderliggende oorzaken – die zich na de gunning en totstandkoming van een geïntegreerde opdracht kunnen voordoen tijdens de verdere uitwerking van het ontwerp en de bouw. In die fase kunnen de zaken opnieuw anders blijken te verlopen dan partijen zich dat vooraf hadden voorgesteld.¹⁹ Gegeven het doel van deze publicatie concentreer ik mij andermaal op die oorzaken van problemen die zijn gelegen in de fasen voorafgaande aan de uitvoering van de geïntegreerde opdracht. In de eerste plaats is dat de fase waarin de door of namens de opdrachtgever opgestelde eisen van het ontwerp tot stand komen: het programma van eisen, het voorlopig ontwerp dan wel het definitief ontwerp. In de tweede plaats is dat de daaropvolgende fase van de aanbesteding van de geïntegreerde opdracht op basis van de aldus tot stand gekomen eisen van de opdrachtgever.

De problemen die zich kunnen voordoen – en dat geldt ook voor hun oorzaken – zijn ten dele identiek aan die welke hiervoor zijn besproken voor de traditionele bouworganisatievorm.²⁰ Dat zal met name het geval zijn wanneer de door de opdrachtgever gekozen variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm sterk aanleunt tegen de traditionele vorm. Dat is dus de variant waarbij de opdrachtgever de eisen van het ontwerp uitwerkt tot een definitief ontwerp.²¹ De geïntegreerde opdracht behelst dan enkel nog de uitwerking van dat definitief ontwerp tot een uitvoeringsontwerp, alvorens de ontwerpende aannemer met de bouw kan starten. Bij een dergelijke omvang van de bemoeienis van opdrachtgever met de eisen van het ontwerp blijft de kans bestaan dat zich

18 Hier kan – vooral ook vanuit juridisch perspectief – uiteraard veel meer over worden gezegd. Hoe dienen verantwoordelijkheden in dit kader precies te worden verdeeld? Deze kwestie houdt de gemoe-
deren stevig bezig in het kader van de herziening van de UAV-GC 2005. Zie daarover recent ook E.M. Bruggeman en A.G.J. van Wassenae (red.), 'Verslag Expertmeeting Herziening UAV-GC - 15 maart 2021', *TBR* 2021/54, p. 382-407 op p. 382-386 en Herber 2021, p. 518-520. Waar het mij nu echter om gaat, is vooral de feitelijke kenmerken van de procesinrichting te schetsen.

19 Zie eerder par. 2.2.2.

20 Zie eerder par. 2.2.2.

21 Voor de praktijk lijkt dit overigens de minst relevante variant. Ik beschik niet over empirische data die deze veronderstelling ondersteunen.

het informatierisico verwezenlijkt: tijdens de uitvoering van de geïntegreerde opdracht komt aan het licht dat de eisen van de opdrachtgever – opnieuw: onbedoeld – op een onjuiste en of onvolledige perceptie van de bestaande toestand van de projectspecifieke omgevingsfactoren zijn gebaseerd, met alle nadelige consequenties van dien, net zoals we dat hiervoor hebben gezien bij de traditionele vorm. Niets nieuws onder de zon dus. Het informatierisico kan zich aan de kant van de opdrachtgever uiteraard ook bij de andere varianten van de geïntegreerde vorm manifesteren, waarbij de omvang van diens bemoeienis met de eisen van het ontwerp beperkt blijft tot het opstellen van een functioneel programma van eisen dan wel een voorlopig ontwerp.

Bij de geïntegreerde bouworganisatievorm kan zich in vergelijking met de traditionele vorm ook een nieuw probleem voordoen. Zoals in de vorige paragraaf al bleek, is aan de geïntegreerde vorm inherent dat de aannemer nu ook zelf ontwerpkeuzes maakt. Met name wanneer de opdrachtgever kiest voor de variant waarbij zijn bemoeienis met het ontwerp beperkt blijft tot het opstellen van een functioneel programma van eisen, zullen de aard en omvang van de door de aannemer te maken ontwerpkeuzes substantieel zijn. Dat betekent dat het daarmee verband houdende informatierisico zich nu ook aan de kant van de aannemer zal kunnen verwezenlijken. De kans bestaat dan immers dat tijdens de uitvoering van de geïntegreerde opdracht aan het licht komt dat hij zijn aanbidding heeft gebaseerd op eigen ontwerpkeuzes die – ook nu weer: onbedoeld – op een onjuiste en of onvolledige perceptie van de bestaande toestand zijn gebaseerd. Het kan dan allereerst gaan om ontwerpkeuzes die de aannemer zich tijdens de aanbesteding heeft voorgenomen te maken na de gunning en totstandkoming van de opdracht. Maar de ontwerpkeuzes kunnen ook al – zo zagen we in de vorige paragraaf – in zijn aanbidding zelf zijn vastgelegd. Een dergelijke onjuiste of onvolledige perceptie van de bestaande toestand is *altijd* problematisch, ongeacht of die is gebaseerd op informatie die de opdrachtgever tijdens de aanbesteding aan de aannemer heeft verstrekt, dan wel op informatie die de aannemer zelf heeft gezocht en gevonden. De vaststelling van de precieze oorzaak van de onjuiste perceptie is immers weliswaar enkel en alleen relevant in het kader van de juridische toerekening van de gevolgen van het informatierisico,²² maar dat neemt natuurlijk niet weg dat beide partijen het ontstaan van die gevolgen hoe dan ook als nadelig zullen ervaren.

In vergelijking met de traditionele bouworganisatievorm kan zich ook nog een ander, nieuw probleem voordoen. Dat geldt dan met name voor de variant van de geïntegreerde bouworganisatievorm waarbij de bemoeienis van de opdrachtgever met het ontwerp beperkt blijft tot het opstellen van een functioneel programma van eisen. Aan die variant is zoals gezegd inherent dat de aannemer over een ruime mate van ontwerp vrijheid beschikt. Dat kan er onder andere toe leiden dat hij bij het oplossen van de eisen van de opdrachtgever ontwerpkeuzes maakt waar de opdrachtgever mogelijk niet op is bedacht en die hij ook overigens onwenselijk vindt. In dat geval bestaat de kans dat de opdrachtgever ertoe overgaat die ontwerpkeuzes te problematiseren, stellende dat de aannemer met zijn ontwerpkeuzes is afgeweken van de gestelde eisen. Op die manier zou de opdrachtgever kunnen proberen te voorkomen dat hij zelf het initiatief moet nemen tot

22 En zoals ik eerder opmerkte is over die juridische toerekening debat mogelijk. Met het oog op het doel van deze paragraaf, ga ik daar nu aan voorbij.

het opdragen van een wijziging van zijn eisen. Hoewel het hier gesignaleerde probleem buiten de kaders valt van het informatierisico zoals dat in deze bijdrage centraal staat,²³ geldt het in de praktijk van geïntegreerde projecten desalniettemin als een belangrijk probleem.²⁴ Voor een oplossing daarvan zou mogelijk kunnen worden meegeprofiteerd van eventuele aanpassingen van de procesinrichting die tot doel hebben de (gevolgen van de) verwezenlijking van het informatierisico zo goed mogelijk te beheersen. Ik laat dit hier verder rusten: in deze publicatie ligt primair de focus op de gevallen waarin problemen die zich na de gunning en totstandkoming van de geïntegreerde opdracht voordoen verband houden met het informatierisico.²⁵

Als het informatierisico zich verwezenlijkt, vindt dit ook bij de geïntegreerde bouworganisatievorm zijn oorzaak in ontwerpkeuzes die partijen hebben gemaakt. Dat kunnen, net zoals dat in de traditionele bouworganisatievorm het geval is, keuzes zijn die door of namens de opdrachtgever zijn gemaakt bij het opstellen van de eisen van het ontwerp. Maar het kunnen nu ook keuzes zijn die de ontwerpende aannemer zelf heeft gemaakt tijdens de daaropvolgende fase van de aanbesteding van de geïntegreerde opdracht. En net zoals we dat eerder voor de traditionele bouworganisatievorm zagen, kan een en ander ook bij de geïntegreerde bouworganisatievorm verder worden geproblematiseerd in het licht van de omstandigheid dat de ontwerpende aannemer zich heeft verbonden tot het verder uitwerken van het ontwerp en de bouw van het project tegen een – in beginsel – vaste prijs die tot stand is gekomen in het kader van een aanbesteding in concurrentie, al dan niet in een prijsvechtersmarkt.²⁶

De probleemanalyse loopt voor de traditionele en de geïntegreerde bouworganisatievorm verder nog synchroon, in die zin dat de verwezenlijking van het informatierisico tijdens de verdere uitwerking van het ontwerp (door de aannemer) en de bouw zich zal vertalen in het niet dan wel onvoldoende behalen van de met het project beoogde doelstellingen. Dat betekent opnieuw dat extra investeringen in tijd en geld moeten plaatsvinden teneinde die doelstellingen alsnog zoveel mogelijk te kunnen realiseren. Er zal dan van geval tot geval moeten worden vastgesteld of die investeringen ten laste komen van de opdrachtgever dan wel van de ontwerpende aannemer.²⁷ En ook hier geldt weer dat die vaststelling niet zelden gepaard zal gaan met een verslechtering van de onderlinge verhoudingen, mogelijk resulterend in een juridisch geschil. Zoals gezegd:

23 Zie daarover par. 1.4.

24 Het probleem is in zoverre nieuw dat het zich niet voordoet bij de traditionele bouworganisatievorm, waar de aannemer immers zelf geen ontwerpkeuzes maakt. Voor beide bouworganisatievormen geldt daarnaast natuurlijk nog – zie eerder ook al par. 1.4 en par. 2.2.2 – dat er ook andere gevallen denkbaar zijn waarin het informatierisico zich *niet* verwezenlijkt en de opdrachtgever na de totstandkoming van de overeenkomst met de (ontwerpende) aannemer desalniettemin moet besluiten zijn eisen van het ontwerp aan te passen. Het betreft hier het geval waarin de opdrachtgever zich te laat heeft gerealiseerd wat hij precies wil en het geval dat zijn eisen onvoldoende duidelijk dan wel onverenigbaar met zijn andere ontwerpen blijken te zijn.

25 Zie opnieuw par. 1.4.

26 Zie eerder par. 2.2.2.

27 Bij de geïntegreerde bouworganisatievorm gebeurt dat met inachtneming van de tussen partijen gemaakte contractuele afspraken, die in de regel op de Modelbasisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 zullen zijn gebaseerd. Een dergelijke keuze volgt inmiddels ook dwingend uit het geregelde aanbestedingsrecht, zie immers Voorschrift 3.9 C van de Gids Proportionaliteit.

dat komt de verdere voortgang en afwikkeling van de realisatie van het project allemaal niet ten goede.

2.4 Wat is het probleem dat oplossing behoeft?

2.4.1 *Informatierisico is een systeemkenmerk*

Wat de voorgaande analyse van zowel de traditionele als de geïntegreerde bouworganisatievorm en de daarop gebaseerde procesinrichtingen uitwijst, is 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. Er bestaat *nooit* 100% zekerheid dat die aannames na de totstandkoming van de overeenkomst volledig en juist zullen blijken te zijn, zelfs niet wanneer op het moment van die totstandkoming het ontwerpproces 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 en dat zich na dat moment *altijd* het risico zal kunnen verwezenlijken dat de hiervoor bedoelde aannames onvolledig en of onjuist blijken te zijn. Zoals ik eerder al opmerkte, is sprake van een systeemkenmerk dat inherent is aan de realisatie van bouwprojecten.²⁸

Dat systeemkenmerk moeten we helaas als een gegeven beschouwen, zo lang opdrachtgevers, adviseurs en aannemers niet over methoden beschikken die hen in staat stellen om gedurende de verschillende fasen van het bouwproces voortdurend met 100% zekerheid uitspraken te doen over de feitelijke toestand waarin alle projectspecifieke omgevingsfactoren zich bevinden. Wat echter wel mogelijk is, is dat de bij een bouwproject betrokken actoren het bouwproces op zodanige wijze inrichten dat zij de (gevolgen van de) verwezenlijking van het informatierisico daarmee zoveel mogelijk 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 werkelijke probleem. Wat maakt het oplossen van dit probleem zo lastig? Het lijkt nuttig om voor de beantwoording van die vraag aansluiting te zoeken bij het onderzoek dat 15 jaar geleden door de Commissie Scheltema is verricht.²⁹

2.4.2 *Doelmatige beheersing van het informatierisico stuit op aanbestedingsrechtelijke grenzen*

In de kern gaat het onderzoek van de Commissie Scheltema over de vraag of en in hoeverre verband bestaat tussen de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving enerzijds en de beslissingen die een opdrachtgever in het kader van een aanbestedingsproces neemt anderzijds. Het betreft dan in het bijzonder die beslissingen die tot gevolg hebben dat het met het bouwproces beoogde resultaat onvoldoende wordt behaald.³⁰

28 Par. 1.4 en par. 2.1.

29 Zie daarover par. 1.3.1.

30 Sleutelpublicatie 2006, p. 16-17 en p. 50-59; Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 24-25. Zie in dit verband ook eindrapport Masterstudie PSIBouw 2007, p. 68 e.v.

Voor de beantwoording van deze vraag neemt de Commissie als uitgangspunt dat het beoogde resultaat telkens in termen van kwaliteit, kosten en planning zal kunnen worden uitgedrukt.³¹ In dat kader zal een opdrachtgever ertoe overgaan accenten aan te brengen, afhankelijk van de projectspecifieke en bredere maatschappelijke doelstellingen en belangen die hij met dat proces nastreeft. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om – we hebben het de afgelopen decennia allemaal langs zien komen³² – de wens tot het realiseren van kostenefficiëntie, het verbeteren van de borging van kwaliteit, veiligheid en gezondheid, het bevorderen van innovatie, duurzaamheid en circulariteit en het streven naar een economisch gezonde bouwsector. Het beheersen van (de gevolgen van) het informatierisico is onlosmakelijk met deze doelstellingen en belangen verbonden. In het geval dat het informatierisico zich voordoet, zal dat immers afbreuk kunnen doen aan het resultaat dat uiteindelijk met het bouwproces is beoogd.³³

Gegeven de met het bouwproces beoogde projectdoelstellingen en de daarbij betrokken belangen, zal de opdrachtgever dat proces op een bepaalde manier moeten organiseren en inrichten. Zoals we eerder zagen,³⁴ veronderstelt dit dat hij al tijdens de aanbestedingsfase rationele beslissingen ten aanzien van tal van onderwerpen zal moeten nemen.³⁵ Te denken valt aan de toe te passen bouworganisatievorm, de aard en de inhoud van de vraagspecificatie en de contractvorm. De Commissie wijst ook op het belang van het uitwisselen van informatie tussen de opdrachtgever enerzijds en ieder van de aan het aanbestedingsproces deelnemende ondernemingen anderzijds.³⁶

De Commissie gaat in haar onderzoek ervan uit dat de keuze van de toe te passen bouworganisatievorm, bezien in samenhang met beslissingen die de aard en inhoud van de vraagspecificatie betreffen, de belangrijkste bepalende beslissing is die een opdrachtgever in het kader van de inrichting van het bouwproces zal nemen. De keuze van de bouworganisatievorm is vervolgens afhankelijk van tal van aspecten en randvoorwaarden die de opdrachtgever vanuit verschillende contextuele invalshoeken projectspecifiek zal moeten afwegen.³⁷ Een van die aspecten betreft de zogenoemde procescomplexiteit, waarvan onder andere sprake zal zijn in het geval dat aan de realisatie van het project een aanzienlijk informatierisico kleeft.³⁸ Wanneer de keuze van de in het concrete geval toe te passen bouworganisatievorm eenmaal is bepaald, kunnen belangrijke vervolgbeslissingen ten behoeve van de verdere inrichting van het bouwproces daarvan worden afgeleid. De Commissie werkt dat onder andere uit voor beslissingen die de aard en inhoud van de vraagspecificatie betreffen, de te hanteren contractvorm, de te volgen aanbestedingsprocedure en de aard en inhoud van het gunningscriterium.

31 Zie par. 1.3.2.

32 Sleutelpublicatie 2006, p. 43-49.

33 Sleutelpublicatie 2006, p. 47-48 en p. 51.

34 Zie par. 1.3.2 en par. 1.3.3.

35 Sleutelpublicatie 2006, p. 48-49 en p. 60-89.

36 Sleutelpublicatie 2006, p. 46-48; Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 206-207.

37 Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 70-101. De ideale bouworganisatievorm bestaat dan ook niet, zie Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 46 en 71. Vgl. in dit verband ook L.P.I.M. Hombergen, 'Iene Miene Mutte. Over de tools om een beter doordachte contractkeuze te maken voor het project: modulair contracteren', in: Liber Amicorum Chao-Duvis 2019, p. 681-686.

38 Zie Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 97: 'wanneer (...) er veel omgevingsonzekerheden bestaan (...).'

De premisse die aan de door de Commissie Scheltema te beantwoorden vraagstelling ten grondslag ligt, is dat de beslissingsvrijheid van de opdrachtgever wat betreft de inrichting van het aanbestedingsproces in belangrijke mate wordt ingekaderd door de aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving.³⁹ De Commissie stelt vast dat die wet- en regelgeving in hoofdzaak echter alleen ‘stuurt’ op het belang van een faire mededinging en dat de overige belangen en projectdoelstellingen die de opdrachtgever met het bouwproces beoogt te realiseren ongemoeid worden gelaten. Het onderzoek wijst ook overigens uit dat het aanbestedingsrecht de opdrachtgever niet verhindert om zodanige procesbeslissingen te nemen als nodig is voor het realiseren van het met het bouwproces beoogde resultaat, zo lang maar geen afbreuk wordt gedaan aan het mededingingsbelang.⁴⁰

Een belangrijke kanttekening die de Commissie in dit verband echter maakt, betreft het volgende. Uit haar onderzoek blijkt dat een opdrachtgever, behalve met de keuze van de bouworganisatievorm,⁴¹ vooral invloed op de beheersing van het informatierisico zal kunnen uitoefenen door de keuze van de toe te passen aanbestedingsprocedure en door het uitwisselen van informatie met de aan die procedure deelnemende inschrijvers. Dat is met name relevant wanneer de geïntegreerde bouworganisatievorm wordt toegepast.⁴² In dat geval zou de opdrachtgever volgens de Commissie namelijk 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 – én 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. De Commissie wijst er op dat het aanbestedingsrechtelijk kader de opdrachtgever mogelijk onvoldoende ruimte biedt om dergelijke – doelmatige – proceskeuzes te maken.⁴³ Die ruimte lijkt met de herziening van de Europese aanbestedingsrichtlijnen in 2014 niet noemenswaardig te zijn vergroot.⁴⁴

Het voorgaande betekent dat het aanbestedingsrechtelijk kader de opdrachtgever ten dele beperkt in het nemen van doelmatige procesbeslissingen met het oog op de beheersing van het informatierisico, met name wanneer hij kiest voor de toepassing van de geïntegreerde bouworganisatievorm. De opdrachtgever zal het informatierisico in dat

39 Sleutelpublicatie 2006, p. 26-27.

40 Sleutelpublicatie 2006, p. 60 en Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 26-27. Dat geldt in het bijzonder wat betreft de met elkaar verband houdende beslissingen ten aanzien van de toe te passen bouworganisatievorm en contractvorm, zie Sleutelpublicatie 2006, p. 58 en Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 48 en p. 142. Vgl. ook Chao-Duivis 2019, p. 13: ‘Die regels gaan niet over de keus van de contractmodellen’. Zie over de beperkte strekking van het aanbestedingsrecht ook: C.E.C. Jansen, ‘Over het vermeende dilemma tussen de doelmatigheid en de rechtmatigheid van de overheidsinkoop’, *TA* 2018/61, p. 27-35.

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

42 Sleutelpublicatie 2006, p. 39-40 en 46-47.

43 Sleutelpublicatie 2006, p. 47, 53-54, 58, 59 en 60-61. De Commissie 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, VBR Preadvis 2001, p. 60-101.

44 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’.

geval dan ook moeten zien te beheersen door het nemen van alternatieve procesbeslissingen. Een aantal van de in paragraaf 1.1 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 elders nog zal uitwerken, lopen ook zij echter in meer of mindere mate tegen aanbestedingsrechtelijke grenzen aan.⁴⁵

2.4.3 *Juridisch-administratieve kaders faciliteren doelmatige beheersing van het informatierisico mogelijk onvoldoende*

Naar aanleiding van het onderzoek van de Commissie Scheltema kan ook nog op het volgende worden gewezen. De Commissie merkt op dat de beslissingsvrijheid van de opdrachtgever tot het nemen van doelmatige beslissingen niet alleen wordt ingekaderd door het aanbestedingsrecht, maar ook door beslissingen die de opdrachtgever op eerdere momenten tijdens de (voorbereiding van de) aanbestedingsfase heeft genomen.⁴⁶ Ik wees daar hierboven al op en noemde in dat verband de (gestandaardiseerde) procesbeslissingen ten aanzien van de bouworganisatievorm, de vraagspecificatie en de contractvorm.⁴⁷ Wat ik tevens opmerkte, is dat wanneer de gekozen bouworganisatievorm op zichzelf maar doelmatig is – en ook de vervolgbeslissingen ten aanzien van de vraagspecificatie en de contractvorm consistent daarmee zijn – de opdrachtgever in beginsel een goede basis voor een doelmatige procesinrichting heeft gelegd. De actoren zullen die procesinrichting overigens zelf verder moeten completeren, zo was de redenering, door in aanvulling op de gestandaardiseerde beslissingen nog tal van aanvullende, projectspecifieke beslissingen te nemen.⁴⁸

Wat ik daar nu aan toevoeg, is dat deze aanvullende beslissingen mede zullen moeten bijdragen aan een beheersing van (de gevolgen van) het informatierisico.⁴⁹ Deze opmerking ziet niet alleen op de geïntegreerde maar ook op de traditionele bouworganisatievorm. Of de actoren er in zullen slagen om in dat kader *doelmatige* beslissingen te nemen, zal echter mede afhangen van de beleidsvrijheid die de voorafgaande gestandaardiseerde beslissingen hen bieden.⁵⁰ Deze opmerking ziet vooral op de keuze van de contractvorm en de daarmee verband houdende juridisch-administratieve voorwaarden die de opdrachtgever, blijkens die keuze, voornemens is van toepassing te verklaren op de contracten die hij ten behoeve van de ontwerp- en bouwfase met andere actoren zal aangaan.

45 Zie hierna par. 4.3.2, 4.3.3, 4.3.4 en 4.4.

46 Sleutelpublicatie 2006, p. 27.

47 Par. 1.3.3.

48 Onderwerpen die ik in dat kader in par. 1.3.3 noemde: samenwerking, informatie-uitwisseling en communicatie, kwaliteitsmanagement, contractbeheersing en conflictoplossing. Beslissingen ten aanzien van deze onderwerpen worden dan niet alleen tijdens de aanbestedingsfase, maar ook tijdens de ontwerp- en uitvoeringsfase genomen.

49 Zie immers ook de afsluiting van de vorige paragraaf.

50 Zie par. 1.3.3. Voor wat betreft de geïntegreerde bouworganisatievorm abstraheer ik hier even van de ruimte die het aanbestedingsrecht de actoren biedt voor het nemen van doelmatige beslissingen, zie daarover de vorige paragraaf.

Met het voorgaande is niet gezegd dat wanneer voorwaarden zoals hiervoor bedoeld de betrokken actoren maar zo veel mogelijk beslissingsvrijheid bieden, zij die vrijheid per definitie zullen gebruiken voor het nemen van procesbeslissingen die bijdragen aan een doelmatige beheersing van het informatierisico. Zoals ik eerder immers opmerkte, bestaat de keerzijde van beslissingsvrijheid nu juist uit het risico dat beslissingen worden genomen die ondoelmatig zijn.⁵¹ Wat nodig is, is dat de voorwaarden het nemen van doelmatige procesbeslissingen voldoende *faciliteren*.⁵² Dat betekent dat zij de betrokken actoren enerzijds de vrijheid moeten bieden tot het nemen van dergelijke beslissingen, maar anderzijds ook daartoe zullen moeten prikkelen.^{53, 54}

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 verder debat – daarvoor is dit boekje immers mede bedoeld⁵⁵ – 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 is dat iedere actor in beginsel verantwoordelijk en mogelijk zelfs aansprakelijk is voor de gevolgen van beslissingen die hij op enig moment tijdens het 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 in bepalingen in het Burgerlijk Wetboek, in de UAV 2012 en in de Model Basisovereenkomst met bijbehorende UAV-GC 2005 veronderstelt ik gemakshalve maar even als bekend. Het is al langer onderwerp van debat of de genoemde voorwaarden de betrokken actoren wel voldoende prikkelen tot een gezamenlijke, proactieve beheersing van risico's, waaronder uiteraard het informatierisico.⁵⁶ 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.⁵⁷ 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.

51 Zie par. 1.3.3.

52 Vgl. ook Chao-Duivis 2019, p. 25. Overigens was dit in essentie al de insteek van het onderzoek dat leidde tot het eindrapport Masterstudie PSIBouw 2007 (zie p. 1-2). Datzelfde geldt voor de onderzoeken die leidden tot de Sleutelpublicatie 2006 (zie p. 8-13) en de Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009 (zie p.26-28).

53 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'.

54 Het faciliteren van doelmatige procesbeslissingen behoeft overigens niet noodzakelijkerwijs te gebeuren door middel van juridisch bindende voorwaarden. Er zijn ook juridisch niet-bindende instrumenten denkbaar waarmee het risico van ondoelmatige beslissingen kan worden beheerst. Te denken valt aan professionele leidraden.

55 Zie par. 1.2.

56 Vgl. ook Chao-Duivis 2019, p. 25. Zie hierna ook par. 3.3 voor verdere literatuurverwijzingen.

57 Vgl. ook Asser/Van den Berg 7-VI 2017/299: 'Waar de alliantie synthese stimuleert, wekt het traditionele model juist antithese op'.

Een tweede opmerking ligt in het verlengde van de voorgaande. Hierboven meldde ik al dat de Commissie Scheltema heeft gewezen op het belang van het uitwisselen van informatie tussen de opdrachtgever enerzijds en ieder van de aan het aanbestedingsproces deelnemende inschrijvers anderzijds.⁵⁸ De Commissie heeft daarmee specifiek het oog op het uitwisselen van informatie gedurende de aanbestedingsfase, als middel tot het beheersen van het informatierisico. Vijftien jaar na dato weten we echter dat het belang van informatie-uitwisseling zich niet tot die fase beperkt. Ook in de daarop volgende fasen van het bouwproces zal de procesinrichting erin moeten voorzien dat de opdrachtgever en de aannemer, die als beste uit de bus is gekomen, voortdurend met elkaar blijven communiceren en informatie uitwisselen. Partijen zouden hun interactie ook overigens niet moeten beperken tot communicatie en informatie-uitwisseling alleen maar een meeromvattende samenwerking gedurende alle fasen van het bouwproces moeten nastreven, voor zover dat nodig is voor het behalen van de met dat proces beoogde projectdoelstellingen.⁵⁹ De in het kader van de procesinrichting te nemen beslissingen zouden die samenwerking eveneens moeten faciliteren. Dat geldt ook voor belangrijke onderwerpen als kwaliteitsmanagement, contractbeheersing en geschiloplossing, die in het verlengde hiervan kunnen worden genoemd. Het is de vraag of de bestaande juridisch-administratieve voorwaarden wat dit alles betreft wel voldoende te bieden hebben.⁶⁰

2.4.4 *Uitdaging: naar een doelmatige én rechtmatige beheersing van het informatierisico*

Ik kom tot een afronding. Het punt dat ik in de vorige paragrafen heb willen maken, is dat het op zichzelf mogelijk zou moeten zijn de uitgangspunten te schetsen waaraan de inrichting van zowel een traditioneel als een geïntegreerd bouwproces dient te 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.

Het voorgaande maakt nieuwsgierig naar het antwoord op de vraag hoe een doelmatige én rechtmatige procesinrichting eruit zou kunnen zien en wat de in hoofdstuk 1

58 Zie par. 2.4.2.

59 Zie bijvoorbeeld de bij de Marktvisie behorende Leidende Principes, op p. 6: '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 risicoallocatie 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.'

60 Vgl. ook Chao-Duvis 2019, p. 65-66, die in het verlengde hiervan stelt dat 'wijzigingen van de UAV 2012 geïndiceerd zijn'.

genoemde recente ontwikkelingen ons wat dat betreft te bieden hebben. Daarover gaan de volgende twee hoofdstukken.

3 **Uitgangspunten voor een optimale procesinrichting**

3.1 **Opmerkingen vooraf**

De afgelopen jaren is al veel aandacht geweest, met name vanuit de praktijk, voor het verbeteren van de inrichting van het bouwproces teneinde tot een optimale beheersing van (de gevolgen van) het informatierisico te komen. Dat geldt wat minder voor de normatieve uitgangspunten waar die procesinrichting aan zou moeten voldoen: die lijken in de praktijk impliciet te worden verondersteld. Over het algemeen genomen liggen die uitgangspunten ook wel voor de hand en wordt het vooral aan academici overgelaten om ze te expliciteren en eventueel in te bedden in bestaande of nieuwe theorieën. Toch lijkt het ook vanuit een meer praktische behoefte nuttig om ten minste over een begin van een toetsingskader te beschikken. Een dergelijk kader maakt het immers mogelijk om verschillende mogelijke procesinrichtingen met elkaar te vergelijken en te waarderen met het oog op het eventueel bijstellen of verder uitwerken daarvan, afhankelijk van de resultaten van die vergelijking en waardering.

In dit hoofdstuk probeer ik tot een begin van zo'n toetsingskader te komen. Ik benadruk dat de hierna te bespreken uitgangspunten nog onvoldoende zijn gebaseerd op wetenschappelijk onderzoek. Zij komen voort uit een meerjarig proces van intuïtief observeren van en luisteren naar de praktijk.¹ Het gaat vooralsnog dus om premissen die mogelijk onvolledig en of onjuist zijn. Of dat inderdaad zo is en, zo ja, of en in hoeverre zij dan moeten worden aangevuld en of verbeterd, zijn vragen die nog door middel van vervolgonderzoek en debat zullen moeten worden beantwoord.²

1 En daartoe behoren nadrukkelijk ook de in par. 1.1 genoemde ontwikkelingen: de steeds luider wordende, sectorbrede roep om contractvormen die opdrachtgevers en aannemers beter prikkelen tot constructieve samenwerking, de opkomst van het twee-fasen-proces, de introductie van alternatieve toepassingen van het bouwteam en de voorgenomen herziening van de UAV-GC 2005.

2 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: De ontwerpende bouwer 1996, p. 97-103; Jansen, Preadvies VBR 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 Wassenae, '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. Zie voorts: Toekomstige opgave Rijkswaterstaat 2019, p. 46.

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 kan worden ingezet tijdens de ontwerpfase. Dit kan bijvoorbeeld een positieve invloed hebben op de beheersing van (de gevolgen van) het risico dat ontwerpkeuzes onverhoopt worden afgestemd op een onvolledige of onjuiste perceptie van de feitelijke toestand van de projectspecifieke omgevingsfactoren.

Aan dit eerste uitgangspunt wordt overigens niet alleen voldaan in het geval dat de aannemer, aan wie de bouw van het project is opgedragen, zelf (een deel van) het ontwerp vervaardigt: ook wanneer een andere actor – de opdrachtgever of diens adviseur – die taak volledig voor zijn rekening neemt, kan bij de uitoefening daarvan eventueel een beroep worden gedaan op de uitvoeringsdeskundigheid van de aannemer, aan wie dan enkel de opdracht tot de bouw wordt opgedragen.³ Het voorgaande betekent overigens dat het met name zal afhangen van de keuze van de bouworganisatievorm of en in hoeverre in het concrete geval aan het uitgangspunt wordt voldaan.

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

De inrichting van het bouwproces zou de opdrachtgever en de (al dan niet ontwerpende) 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.⁴ Toegespitst op het onderwerp van

3 Ik doel hier natuurlijk op het traditionele bouwteam. De op die (verschijningsvorm van de traditionele) bouworganisatievorm gebaseerde procesinrichting wordt hierna uitgebreider besproken in par. 4.2.2.

4 Zie hierover bijvoorbeeld: Y.P. Kamminga, *Towards effective governance structures for contractual relations: Recommendations from social psychology, economics and law for improving project performance in infrastructure projects*, diss. Tilburg 2008, Tilburg: Tilburg University Press 2008; Van Wassenaer en Thomas, VBR Preadvies 2008; Y.P. Kamminga en S. Smits, 'Samenwerking in de aanbesteding. Teleurstellende aanbestedingskaders en hoe van samenwerking toch 'de norm' te maken', *TBR* 2012/103, p. 586-601; S. van Gulijk, 'De rol van het privaatrecht – contact in plaats van contract', in: *Constructieve veiligheid: een onderzoek naar communicatie en borging in bouwprocessen*, Preadviezen Vereniging voor Bouwrecht nr. 42, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2014; A.G.J. van Wassenaer, *A practical guide to successful construction projects*, Abingdon: Routledge 2017. Zie voorts diverse bijdragen aan Liber Amicorum Van Wassenaer 2016: Andrea Chao, 'Een kennismaking met het New Engineering Contract: Engineering and Construction Contract (NEC3 ECC)', p. 1-25; Ben Spiering, 'Samenwerken in een netwerksamenleving', p. 39-46; Coen Thomas, 'EPCM - Een andere alliantie?', p. 61-72; Jos van de Vijver, 'Geschillenvrij bouwen, waarom eigenlijk niet?', p. 99-106. Zie voorts: A.G.J. van Wassenaer, 'De Modellen Ketensamenwerking van de Netwerkgroep KetenSamenWerking – dappere poging, maar ook concreet genoeg?', *TBR* 2017/72, p. 449-459; Toekomstige opgave Rijkswaterstaat 2019, p. 5, 14, 21, 35 en 46. Zie tevens diverse bijdragen aan Liber Amicorum Chao-Duivis 2019: B.E. Hertzstein, 'Het con(t)ract in de bouwketen', p. 229-247; G.J. Huith, 'Waarde creëren door veranderende rollen!', p. 249-254; M. Aalstein, 'Vruchtbaar samenwerken bij infra-projecten. Een nieuw evenwicht tussen markt, recht en ethiek', p. 515-537; A.M.B. Chao, 'Praktische reflectie op recente

deze publicatie brengt dit uitgangspunt mee dat het gedrag van partijen zoveel mogelijk moet zijn gericht op het gezamenlijk en proactief beheersen van (de gevolgen van) het informatierisico. Het gaat dan in het bijzonder om gedrag dat verband houdt met informatie-uitwisseling, communicatie, kwaliteitsmanagement en contractbeheersing.

Dit tweede normatieve uitgangspunt brengt verder mee dat partijen – in het geval dat het informatierisico zich onverhoopt toch verwezenlijkt – 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.

Het faciliteren van wenselijk gedrag in het kader van informatie-uitwisseling en communicatie met het oog op het beheersen van het informatierisico is in de eerste plaats weliswaar afhankelijk van beslissingen die worden genomen in het kader van de inrichting van het aanbestedingsproces, maar kan tegelijkertijd niet los worden gezien van de keuze van de contractvorm. Wanneer die namelijk is gebaseerd op het klassiek juridisch paradigma,⁵ faciliteert dat op samenwerking gericht gedrag mogelijk onvoldoende. Dat kan zijn schaduw vooruitwerpen naar de aanbestedingsfase in de vorm van ongewenst strategisch gedrag van zowel de opdrachtgever als de inschrijvers.⁶ Wenselijk gedrag in het kader van informatie-uitwisseling en communicatie kan ook overigens met name positief worden bevorderd via de band van de keuze van de contractvorm en de verdere inrichting van het juridisch-administratief kader. Dat geldt ook voor wenselijk gedrag in het kader van kwaliteitsmanagement, contractbeheersing en geschiloplossing.

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

Het derde normatieve uitgangspunt waar de inrichting van het bouwproces aan zou moeten voldoen, is tweeledig. Het uitgangspunt 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 (de gevolgen van) het informatierisico voldoende is beheerst of nog zal kunnen worden beheerst. Het moment waarop deze gebondenheid tussen partijen 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

ontwikkelingen van bouwteams: het vervolg op de Monografie Bouwteam', p. 615-633; C.H.J. Thomas en A.G.J. van Wassenar, '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, 'Positief contracteren en contractbeheersing in de bouw', p. 845-859. Zie ook A.G.J. van Wassenar, C.E.C. Jansen, J. Ochtman, P.H.M. Smeets en J.J. van de Vijver, 'De kunst van het verleiden: over de Presolve Zienswijzemetode bij bouwprojecten', *TBR* 2020/116, p. 754-760.

5 Zie par. 2.4.3.

6 Zie daarover uitvoerig C.E.C. Jansen en H.W.R.A.M. Janssen, 'De precontractuele waarschuwingsplicht van de aannemer', *BR* 2004, p. 363-382, in het bijzonder p. 371-373.

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. Aan dit eerste onderdeel van het uitgangspunt zal vooral kunnen worden voldaan door het maken van keuzes in het kader van de bouworganisatie- en contractvorm.

In het geval dat het informatierisico zich toch mocht verwezenlijken, houdt het derde uitgangspunt, in aanvulling op het voorafgaande, nog het volgende in. Beslissingen die in het kader van de procesinrichting worden genomen, zouden in dat geval moeten faciliteren dat de gevolgen van die risicoverwezenlijking contractueel evenwichtig zijn belegd. Of en in hoeverre hieraan wordt voldaan, zal vooral weer afhangen van de keuze van de contractvorm en de verdere inrichting van het juridisch-administratief kader.

3.5 Uitgangspunt (4): voorkomen is beter dan genezen

Het vierde normatieve uitgangspunt houdt verband met de kosten die zijn gemoeid met de beheersing van (de gevolgen van) het informatierisico. Wat we ons dienen te realiseren, is dat daar *altijd* kosten mee gemoeid zullen zijn.⁷ Deze kosten zullen – afhankelijk van de beslissingen die men met het oog op de risicobeheersing in het kader van het bouwproces neemt – op verschillende momenten tijdens dat proces worden opgeroepen en in meer of mindere mate waarde kunnen 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 (en de gevolgen daarvan) 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 een risico, dat zich inmiddels heeft verwezenlijkt, te beheersen.

Een procesinrichting wordt verondersteld – in beginsel althans – beter te scoren naarmate de kosten die worden opgeroepen met de in dat kader genomen beslissingen meer het karakter hebben van preventiekosten dan van faalkosten.⁸ Partijen zijn over het algemeen namelijk goed in staat om het ontstaan van preventiekosten in eigen hand te houden. Wat faalkosten betreft is dat een stuk lastiger: die kosten worden immers opgeroepen wanneer partijen zich inmiddels in de ‘lock in’ van het contract bevinden, dat zo zijn eigen dynamiek kent. Daar komt bij dat faalkosten relatief gezien minder waarde opleveren die rechtstreeks aan het project ten goede komt dan preventiekosten dat doen.

7 Vgl. Toekomstige opgave Rijkswaterstaat 2019, p. 43-45.

8 Vooropgesteld natuurlijk dat de totale kosten die worden gemaakt om de projectdoelstellingen te realiseren daardoor niet substantieel hoger uitvallen dan het geval zou zijn geweest indien de gevolgen van het informatierisico zouden worden beheerst door het treffen van maatregelen die faalkosten oproepen.

3.6 Uitgangspunt (5): inpassing in het aanbestedingsrechtelijk kader

Een vijfde en (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, voorzover die van toepassing zijn in het concrete geval. Dit uitgangspunt beperkt als het ware de ruimte waarbinnen alle (doelmatige) procesbeslissingen zullen moeten passen die de betrokken actoren in het licht van de andere hiervoor weergegeven normatieve uitgangspunten nemen.

4 Voorlopige waardering van bestaande en nieuwe procesinrichtingen

4.1 Opmerkingen vooraf

De in hoofdstuk 2 uitgewerkte probleemanalyse gaf aanleiding tot het stellen van de vraag: wat hebben de recente ontwikkelingen ons te bieden in het licht van de behoefte aan een zowel doelmatige als rechtmatige beheersing van het informatierisico, dat inherent is aan de realisatie van bouwprojecten?¹ Om die vraag te kunnen beantwoorden, bespreek ik in dit hoofdstuk een aantal ‘oude’ en ‘nieuwe’ inrichtingen van het bouwproces. 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.

De te bespreken procesinrichtingen zijn hierna in drie categorieën onderverdeeld. Deze driedeling sluit aan bij het hoofdonderscheid dat de Commissie Scheltema heeft gemaakt tussen de bekende bouworganisatievormen: de traditionele, de geïntegreerde en de alliantie.² De keuze voor de toepassing van één van deze bouworganisatievormen is vervolgens richtinggevend voor de verdere inrichting van het bouwproces.³ Bij de procesinrichtingen (1) en (2), die voortbouwen op de keuze voor de traditionele bouworganisatievorm, zorgt de opdrachtgever ófwel geheel zelf voor het vervaardigen van het ontwerp, ófwel besteedt hij die taak uit aan een adviseur, waarna hij de bouw afzonderlijk uitbesteedt aan een aannemer (paragraaf 4.2). De keuze voor de geïntegreerde bouworganisatievorm ligt ten grondslag aan de procesinrichtingen (3), (4), (5) en (6), waarbij de opdrachtgever (in ieder geval een deel van) het ontwerp en de bouw geïntegreerd uitbesteedt aan één en dezelfde actor: de ontwerpende aannemer (paragraaf 4.3). Voor sommige van deze procesinrichtingen geldt dan bovendien dat aan die geïntegreerde uitbesteding één contract ten grondslag ligt, terwijl de opdrachtgever bij andere geïntegreerde inrichtingen van het bouwproces twee contracten met de ontwerpende aannemer sluit. Een onderscheid dat verder nog door deze tweede categorie heenloopt, is dat de gekozen contractvorm soms voorziet in de mogelijkheid tot vaststelling dan wel herijking van de prijs voor de bouw van het project, zodra de eisen van het ontwerp gedetailleerd zijn uitgewerkt, terwijl die mogelijkheid bij andere geïntegreerde procesin-

1 In par. 1.1 vatte ik die ontwikkelingen samen: de steeds luider wordende, sectorbrede roep om contractvormen die opdrachtgevers en aannemers beter prikkelen tot constructieve samenwerking, de opkomst van het twee-fasen-proces, de introductie van alternatieve toepassingen van het bouwteam en de voorgenomen herziening van de UAV-GC 2005.

2 Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 53-70. Zie ook par. 1.3.2.

3 Zie daarvoor par. 1.3.3 en 2.4.2.

richtingen niet is voorzien. De derde categorie betreft procesinrichting (7) die aansluit bij de keuze voor de alliantie als de toe te passen bouworganisatievorm. Kenmerkend voor die procesinrichting is dat de opdrachtgever en de aannemer in ieder geval de ontwerptaak gezamenlijk oppakken (paragraaf 4.4).

Hierna zal ik van elke procesinrichting de belangrijkste feitelijke kenmerken beschrijven: 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? Daarbij zal ik ook laten zien hoe de procesinrichtingen op belangrijke punten onderling met elkaar overeenkomen dan wel van elkaar verschillen. Tot slot zal ik voor elke procesinrichting nagaan hoe (goed) deze op het eerste gezicht lijkt te scoren op de normatieve uitgangspunten van het toetsingskader van hoofdstuk 3. Het gaat hier om een globale toetsing die vooral is bedoeld om tot premissen te komen ten behoeve van vervolgonderzoek.⁴ Mogelijk zijn die premissen, net zoals dat voor de uitgangspunten van het toetsingskader zelf zou kunnen gelden,⁵ onvolledig en of onjuist. In dat geval moeten mogelijk ook de in hoofdstuk 5 nog te formuleren aanbevelingen tot verder onderzoek naar één of meer van de procesinrichtingen worden heroverwogen.

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

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

Voor wat betreft de feitelijke kenmerken van de procesinrichting die aansluit bij de reguliere traditionele bouworganisatievorm, verwijs ik kortheidshalve naar paragraaf 2.2.1 hierboven.

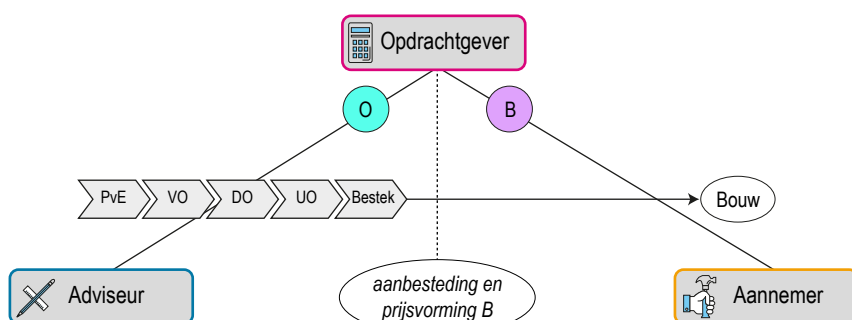


Fig. 1 - klassieke driehoek

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

4 Dat vervolgonderzoek start met de in par. 1.2 genoemde bijdragen aan het themanummer van het *Tijdschrift voor Bouwrecht* dat gelijktijdig met dit boekje is verschenen.

5 Zie hoofdstuk 3.

een bestek alvorens een overeenkomst met een aannemer te sluiten voor de bouw van dat project.

Met dit wezenskenmerk scoort deze procesinrichting natuurlijk niet goed op uitgangspunt (1) van het toetsingskader, aangezien de aannemer, aan wie de bouw van het project wordt opgedragen, in het geheel niet bij de ontwerpfase wordt betrokken.⁶ Daarmee diskwalificeert deze procesinrichting zich overigens niet: nog afgezien van het feit dat de keuze voor de traditionele bouworganisatievorm volgens de Commissie Scheltema juist kan zijn geïndiceerd in het geval dat sprake is van een verhoogd informatierisico,⁷ kan een afweging van alle overige aspecten en randvoorwaarden die de opdrachtgever vanuit verschillende contextuele invalshoeken projectspecifiek zal moeten afwegen ook overigens een aanvullende onderbouwing verschaffen voor de keuze van die bouworganisatievorm.⁸

Het voorgaande laat echter onverlet, zoals hierboven al is uiteengezet, dat de gevolgen van het informatierisico zich ook in geval van een goed onderbouwde keuze voor de traditionele bouworganisatievorm kunnen manifesteren.⁹ En daarmee blijft relevant de vraag of en in hoeverre de op deze vorm gebaseerde procesinrichting voldoet aan de overige uitgangspunten die in hoofdstuk 3 zijn geformuleerd.

Bezien vanuit het perspectief van de negatieve ervaringen die de afgelopen decennia met de geïntegreerde bouworganisatievorm zijn opgedaan,¹⁰ is het niet onbegrijpelijk dat sommigen een herwaarderding van de reguliere traditionele bouworganisatievorm een logische stap vinden.¹¹ In vergelijking met de hierna nog te bespreken geïntegreerde procesinrichting (3),¹² scoort de traditionele vorm immers veel beter op het uitgangspunt (3) dat eerst voldoende zekerheid moet bestaan over de beheersing van het informatierisico, alvorens gebondenheid tussen de opdrachtgever en de aannemer mag ontstaan wat betreft de voor de bouw verschuldigde prijs.¹³ Het tijdstip waarop die gebondenheid ontstaat, wordt bij de reguliere traditionele bouworganisatievorm immers uitgesteld totdat de opdrachtgever, of diens adviseur, de eisen van het ontwerp gedetailleerd heeft uitgewerkt en goed heeft kunnen afstemmen op de projectspecifieke omgevingsfactoren.

De met die uitwerking en afstemming gemoeide kosten hebben bovendien het karakter van preventiekosten, zodat de hier besproken procesinrichting tevens goed scoort op het daarmee verband houdende uitgangspunt (4) van het toetsingskader.¹⁴ In het onverhoopte geval dat het informatierisico zich tijdens de bouwfase toch mocht verwe-

6 Zie par. 3.2.

7 Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 97.

8 Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 70-101.

9 Zie par. 2.2.2.

10 Zie par. 2.3.3 hiervoor en ook par. 4.3.1 hierna.

11 Chao-Duvis 2019, p. 52 en p. 56. Zij lijkt in de ontwikkeling van het hierna nog te bespreken twee-fasen-proces een stilzwijgende terugkeer van Rijkswaterstaat naar het traditionele model te zien. Zoals ik hierna in par. 4.3.2 nog zal toelichten, moet het twee-fasen-proces mijns inziens echter worden beschouwd als een procesinrichting die is geënt op de *geïntegreerde* bouworganisatievorm en niet op de traditionele.

12 Zie par. 4.3.1 hierna.

13 Zie par. 3.4 hierboven.

14 Zie par. 3.5 hierboven.

zenlijken, zullen voor de beheersing van de gevolgen daarvan natuurlijk alsnog faalkosten moeten worden gemaakt. Een vergelijking van de traditionele met de geïntegreerde bouworganisatievorm zal echter wat betreft de verhouding tussen preventie- en faalkosten over het algemeen in het voordeel van de eerstgenoemde vorm uitvallen.

De onderhavige procesinrichting scoort verder positief, omdat partijen in de regel op basis van de UAV 2012 zullen contracteren. Daarmee is sprake van een contractvorm die in een evenwichtige verdeling van de gevolgen van de eventuele verwezenlijking van het informatierisico voorziet.¹⁵ Met de keuze voor deze contractvorm scoort de procesinrichting anderzijds mogelijk echter niet goed op uitgangspunt (2),¹⁶ nu de UAV 2012 immers – evenals de contractvormen die in een aantal andere hierna nog te bespreken procesinrichtingen worden toegepast – op een klassiek juridisch paradigma zijn gebaseerd.¹⁷ Dat betekent dat partijen vanuit de gekozen contractvorm weliswaar prikkels ontvangen tot het beheersen van (de gevolgen van) het informatierisico, zowel tijdens de aanbestedingsfase als de bouwfase, maar niet om dat vanuit een gezamenlijk gevoelde verantwoordelijkheid te doen.¹⁸ Het betekent voorts, in het geval dat het informatierisico zich tijdens de bouwfase alsnog verwezenlijkt, dat partijen mogelijk een adversariële houding ten opzichte van elkaar 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.

De onderhavige procesinrichting past tot slot nog probleemloos binnen de geldende kaders van het gereguleerde aanbestedingsrecht. In zoverre voldoet zij dus aan het uitgangspunt (5).¹⁹

Alles afwegende scoort de procesinrichting die op de reguliere traditionele bouworganisatievorm is gebaseerd zo slecht nog niet: het informatierisico kan met die procesinrichting immers redelijk worden beheerst. Toegegeven, voordelen die eventueel met een geïntegreerde procesinrichting zouden kunnen worden behaald blijven dan achterwege. Wanneer de opdrachtgever zijn keuze voor de traditionele bouworganisatievorm echter heeft gebaseerd op een juiste afweging van alle relevante aspecten en randvoorwaarden in het concrete geval, zijn er blijkbaar goede redenen geweest om die voordelen prijs te geven.²⁰

Wat overigens aan een eventuele herwaardering van de reguliere traditionele bouworganisatievorm in de weg kan staan, is dat professionele overheidsopdrachtgevers mogelijk

15 Zie opnieuw uitgangspunt (3) in par. 3.4 hierboven. Zie overigens 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. 32-37, die op p. 37 opmerkt: '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.'

16 Zie par. 3.3 hierboven.

17 Zie par. 2.4.3.

18 Vgl. ook Chao-Duivis 2019, p. 65-66.

19 Zie par. 3.6 hierboven.

20 Zie opnieuw Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 70-101.

niet langer meer de expertise in huis hebben die nodig is om hun rol binnen de op die vorm gebaseerde procesinrichting te kunnen vervullen.²¹

4.2.2 *Procesinrichting (2): het traditionele bouwteam*

Het traditionele bouwteam is een verschijningsvorm van de traditionele bouworganisatievorm.²² Ook bij deze vorm zal de opdrachtgever of diens adviseur het ontwerp van het te realiseren project tot in detail uitwerken. Anders dan echter het geval is bij de in de vorige paragraaf besproken reguliere traditionele vorm, sluit de opdrachtgever – na het houden van een aanbesteding – al een (bouwteam)overeenkomst met een aannemer op het moment dat de uitwerking van de ontwerpeisen nog in de steigers staat.

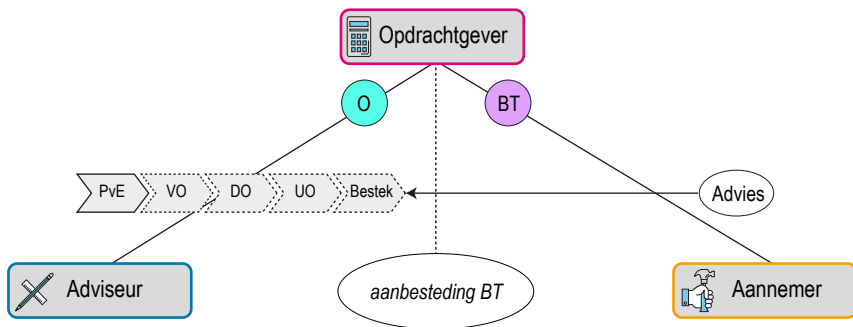


Fig. 2 - traditioneel bouwteam (ontwerpfase)

De opdrachtgever kiest voor deze inrichting van het proces om aldus gebruik te kunnen maken van de uitvoeringsdeskundigheid van de aannemer tijdens de ontwerpfase. De in die fase te maken ontwerpkeuzes en – in het verlengde daarvan – de afstemming daarvan op de projectspecifieke omgevingsfactoren, behoren net zoals bij de reguliere vorm tot het domein van de opdrachtgever en diens adviseur. De aannemer zal hen nu echter bij het maken van die keuzes kunnen adviseren. Zodra het ontwerp tot op besteksniveau is voltooid, krijgt de aannemer op exclusieve basis de mogelijkheid om een vaste prijs aan te bieden voor de opdracht voor de bouw van het project. Opnieuw geldt dat hij die prijs dan niet alleen baseert op de eisen van het inmiddels voltooide ontwerp, maar ook op door de opdrachtgever verstrekte informatie met betrekking tot de feitelijke toestand waarin de omgevingsfactoren zich naar verwachting zullen bevinden.

21 Het is wat dat betreft tekenend dat Rijkswaterstaat dit een ‘meer verdergaande oplossing’ vindt dan de hierna nog te bespreken oplossingen die zijn gebaseerd op het zogenoemde ‘twee-fasen-proces’, zie Toekomstige opgave Rijkswaterstaat 2019, p. 37.

22 Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 57. Zie voor een uitgebreide studie van deze verschijningsvorm: Chao-Duivis 2012 en Asser/Van den Berg 7-VI 2017/259 e.v.

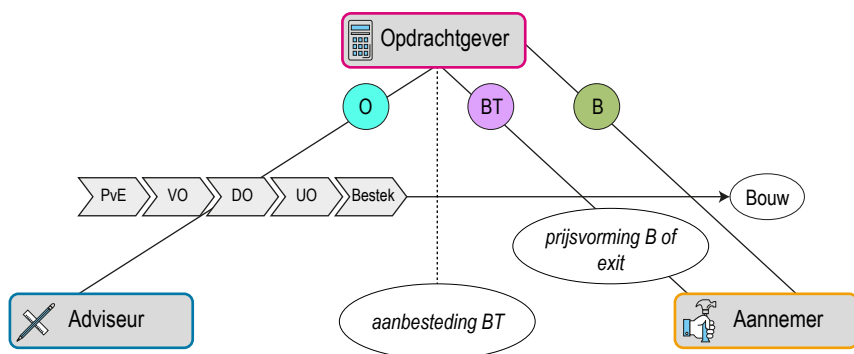


Fig. 3 - traditioneel bouwteam (prijsvorming en bouw)

Wanneer partijen prijsovereenstemming bereiken, komt een tweede (aanneming)overeenkomst tussen hen tot stand en gaat de aannemer vervolgens aan de slag met de bouw van het project. In het eventuele geval dat het niet tot prijsovereenstemming komt, voorziet de eerste (bouwteam)overeenkomst in een beëindigingsregeling.

Hoe scoort deze inrichting van het bouwproces in het licht van de uitgangspunten van het toetsingskader? Voor zover de feitelijke kenmerken gelijk zijn aan die van de reguliere traditionele vorm, wijzigt de uitkomst van de toetsing zoals die in de vorige paragraaf is weergegeven niet. Dat betekent dat ook het traditionele bouwteam positief scoort op de normatieve uitgangspunten (3) en (4).²³ Op het moment dat gebondenheid tussen de opdrachtgever en de aannemer 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 opnieuw het karakter van preventiekosten.

Een bijkomend voordeel is dat de procesinrichting – anders dan in het geval van de reguliere traditionele vorm – nu ook positief scoort op het uitgangspunt (1) dat de aannemer, aan wie de bouw van het project wordt opgedragen, in ieder geval bij de ontwerpfase wordt betrokken.²⁴ Door tijdens de ontwerpfase een beroep te doen op de uitvoeringsexpertise van de aannemer, kan een positieve bijdrage worden geleverd aan de beheersing van het informatierisico. Deze procesbeslissing heeft bovendien een preventief karakter, hetgeen zoals gezegd eveneens positief kan worden gewaardeerd.²⁵

In het geval dat het informatierisico zich tijdens de bouwfase toch verwezenlijkt, zal de verantwoordelijkheid voor de gevolgen daarvan – de faalkosten – over de opdrachtgever en de aannemer moeten worden verdeeld. Met de toepasselijkheid van de UAV 2012 op de overeenkomst voor de bouw voldoet de onderhavige procesinrichting aan

23 Zie par. 3.4 en 3.5.

24 Zie par. 3.2. Merk op dat een juiste afweging van alle relevante aspecten en randvoorwaarden in het concrete geval ook nu weer tot de conclusie heeft geleid dat de keuze voor het traditionele bouwteam meer voordelen oplevert dan de keuze voor de geïntegreerde bouworganisatievorm.

25 Zie par. 3.5.

het uitgangspunt (3) dat die gevolgen contractueel evenwichtig dienen te zijn belegd.²⁶ Hier dient overigens te worden aangetekend dat wanneer de verwezenlijking van het informatierisico (mede) haar oorzaak vindt in adviezen van de aannemer tijdens de ontwerpfase, de verdeling van verantwoordelijkheid mede zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de op elkaar afgestemde bepalingen van de bouwteamovereenkomst en de aannemingsovereenkomst voor de bouw. De juridisch-administratieve kaders die voor de bouwteamovereenkomst beschikbaar zijn,²⁷ zijn overigens niet paritair tot stand gekomen.²⁸ Daarmee is weliswaar niet gezegd dat de bedoelde gevolgen daarin onvoldoende evenwichtig zijn belegd, maar hier ligt mogelijk wel een aandachtspunt voor nader onderzoek.

Met de keuze voor de hiervoor genoemde contractvorm scoort de onderhavige procesinrichting, evenals die welke in de vorige paragraaf is besproken, niet goed op het uitgangspunt (2),²⁹ althans voor zover de UAV 2012 een onderdeel van de gekozen contractvorm zijn. Die voorwaarden zijn immers gebaseerd op een klassiek juridisch paradigma,³⁰ zodat partijen mogelijk onvoldoende prikkels ontvangen tot op samenwerking gericht non-adversarieel gedrag.³¹ De Modelovereenkomst Bouwteam DG 2020 voldoet wat dat laatste betreft mogelijk beter, nu daarin uitdrukkelijk aandacht is voor aspecten van samenwerking.³² Ook overigens mag worden aangenomen dat de onderhavige procesinrichting beter zal scoren op dit uitgangspunt dan de reguliere traditionele procesinrichting dat doet. De aannemer is feitelijk gezien immers hoe dan ook al in een vroeg stadium bij de ontwerpbeslissingen van de opdrachtgever en diens adviseur betrokken en zal er ook overigens belang bij hebben 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 weer het karakter van preventiekosten.

Het voorgaande laat zien dat een inrichting van het bouwproces die aansluit bij de keuze voor de toepassing van het traditionele bouwteam vanuit het perspectief van de beheersing van het informatierisico hogere ogen gooit dan een procesinrichting die is gebaseerd op de reguliere traditionele bouworganisatievorm.³³ Een belangrijk verschil in het nadeel van het traditionele bouwteam is echter dat de op die vorm gebaseerde procesinrichting op (te) gespannen voet staat met de beginselen en regels van het aan-

26 Zie par. 3.4.

27 Modelovereenkomst Bouwteam DG 2020 en Model Bouwteamovereenkomst 2021 van Bouwend Nederland. Zie voor de vindplaatsen par. 1.1.

28 Terecht kritisch daarover: Chao-Duivis 2019, p. 66.

29 Zie par. 3.3 hierboven.

30 Zie opnieuw par. 2.4.3.

31 Zie wederom Chao-Duivis 2019, p. 65-66.

32 Zie in het bijzonder artikel 5 Modelovereenkomst Bouwteam DG 2020. Chao gaat in haar bijdrage aan het themanummer van het *Tijdschrift voor Bouwrecht*, dat gelijktijdig met dit boekje is verschenen, dieper in op de vraag in hoeverre de Modelovereenkomst aan het genoemde uitgangspunt voldoet. Zij doet dat overigens in het kader van de hierna nog te bespreken procesinrichting (6), waar de Modelovereenkomst eveneens een kader voor biedt. Zie in dit verband ook B.E. Hertstein, 'Modelovereenkomst Bouwteam DG 2020 onder de loep', *TBR* 2020/88, p. 596-602.

33 Dat laat opnieuw onverlet dat in het concrete geval de keuze voor de reguliere traditionele vorm alsnog kan zijn geïndiceerd op basis van een afweging van overige relevante aspecten en randvoorwaarden.

bestedingsrecht.³⁴ Het is uiteraard mogelijk om een overheidsopdracht voor ontwerp-adviesdiensten na een aanbesteding in concurrentie aan een aannemer te gunnen (de bouwteamovereenkomst).³⁵ Maar het is dan vervolgens niet toegestaan in een volgende fase een overheidsopdracht voor de bouw van het project enkelvoudig onderhands aan diezelfde aannemer te verstrekken: de tweede overeenkomst voor de bouw zal opnieuw in concurrentie moeten worden aanbesteed.³⁶ Daarmee bestaat de kans dat met de procesinrichting beoogde voordelen niet worden gerealiseerd.

De Commissie Scheltema Bouw heeft als oplossing voor dit probleem gesuggereerd om de adviesopdracht en de bouwopdracht als één overheidsopdracht in concurrentie aan te besteden.³⁷ 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 volgens de Commissie Scheltema 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.³⁸ De Commissie Scheltema wijst in dit verband op het belang van een aantal aanbestedingsrechtelijke uitgangspunten.³⁹ Zo mogen de door de opdrachtgever vastgestelde eisen van het ontwerp na gunning van de gecombineerde opdracht niet meer wezenlijk worden gewijzigd.⁴⁰ Dat geldt ook voor de door de winnende inschrijver aangeboden eenheidsprijzen, algemene bouwplaatskosten, risico-opslagen en winstpercentages en die aan het einde van de ontwerpfase als grondslag fungeren voor zijn prijsaanbieding voor de bouw.

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. Mijns 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.

34 Zie uitgangspunt (5) in par. 3.6. Zie over deze materie ook Chao-Duivis 2012, p. 159 e.v. en Asser/
Van den Berg 7-VI 2017/282.

35 Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 59-60.

36 Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 60.

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

38 Vgl. ook Asser/
Van den Berg 7-VI 2017/282.

39 Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 61.

40 Zie ook Asser/
Van den Berg 7-VI 2017/282 met verwijzing naar Chao-Duivis 2012, p. 175-177. Die eisen kunnen uiteraard wel – dat is immers inherent aan de ontwerpfase – nader worden *geconcretiseerd*, al dan niet op basis van adviezen van de aannemer.

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)*

De feitelijke kenmerken van de op de geïntegreerde bouworganisatievorm gebaseerde procesinrichting zijn beschreven in paragraaf 2.3.2, waar ik hier gemakshalve naar verwijs.

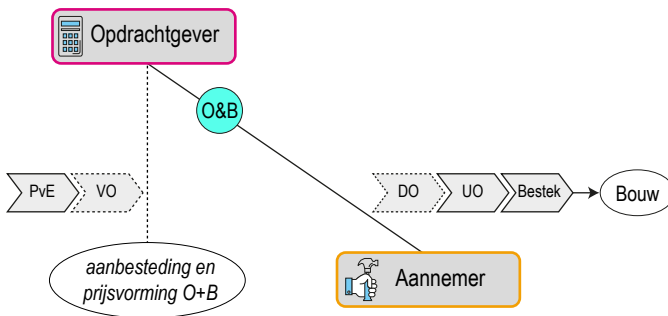


Fig. 4 - UAV-GC

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, die tijdens de aanbestedingsfase is gevormd.

Wat te vinden van deze procesinrichting in het licht van de normatieve uitgangspunten? Kan het informatierisico daarmee voldoende doelmatig worden beheerst? Wanneer we abstraheren van de voordelen die met de toepassing van de geïntegreerde bouworganisatievorm kunnen worden bereikt en die de keuze voor die organisatievorm in het concrete geval zouden kunnen rechtvaardigen, scoort de op die vorm gebaseerde inrichting van het bouwproces relatief gezien niet goed.⁴¹ Waar de procesinrichting in ieder geval op scoort, is het uitgangspunt (1) dat de aannemer, aan wie de bouw van het project wordt opgedragen, bij de ontwerpfase is betrokken. De aannemer zal immers in meer of mindere mate ontwerpkeuzes maken, afhankelijk van de variant van de geïntegreerde vorm waarvoor is gekozen.⁴² De beslissingen die overigens in het kader van de procesin-

41 Relatief in vergelijking met de procesinrichtingen die aansluiten op de keuze voor de traditionele bouworganisatievorm, zie par. 4.2.1 en 4.2.2.

42 Zie par. 3.2.

richting worden genomen, staan bovendien niet op (te) gespannen voet met het aanbestedingsrechtelijk kader, zodat ook aan uitgangspunt (5) wordt voldaan.⁴³

De zwakte van de onderhavige procesinrichting 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. Bij deze procesinrichting is de kans groot – groter dan bij de hiervoor besproken procesinrichtingen – dat het informatierisico zich pas manifesteert nadat gebondenheid tussen partijen is ontstaan zoals hiervoor bedoeld. Het nadeel daarvan is dat de eventuele gevolgen van de risicoverwezenlijking zullen moeten worden beheerst door het treffen van maatregelen waarmee faalkosten zijn gemoeid. Het voorgaande betekent dat niet wordt voldaan aan de uitgangspunten (3) en (4) van het toetsingskader.⁴⁴ Hier moet overigens een belangrijke nuancerende kanttekening worden geplaatst. De mate waarin deze procesinrichting op de genoemde uitgangspunten 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. Indien die eisen op dat moment al zijn uitgewerkt tot een definitief ontwerp, is de kans dat het informatierisico zich daarna verwezenlijkt kleiner dan wanneer de eisen tot het niveau van een functioneel programma van eisen zijn uitgewerkt. In het eerste geval zal de beheersing van het informatierisico verhoudingsgewijs meer preventie- dan faalkosten oproepen, bij het tweede geval is dat omgekeerd.

De opdrachtgever en de ontwerpende aannemer zullen in deze procesinrichting veelal contracteren met gebruikmaking van de Model Basisovereenkomst en de bijbehorende UAV-GC 2005. Aangezien deze voorwaarden net als de UAV 2012 paritair tot stand zijn gekomen en als zodanig ook door de wetgever zijn omarmd,⁴⁵ zou betoogd kunnen worden dat de onderhavige procesinrichting positief scoort op het uitgangspunt (3).⁴⁶ Bovendien is het zo dat, voor zover de UAV-GC 2005 onvoldoende zouden voorzien in een evenwichtige verdeling van de gevolgen van het informatierisico, het de intentie is van de preadviescommissie die zich momenteel over de herziening buigt om die verdeling beter in balans te brengen. Ik doel hier in het bijzonder op de uitbreiding van de specifieke regeling met betrekking tot de bodemgesteldheid in § 13 lid 1 en 2 UAV-GC 2005 naar een algemene regeling van het informatierisico voor alle risicovolle omgevingsfactoren in § 3 lid 3 en § 4 lid 4 UAV-GC 2020.⁴⁷ Of de preadviescommissie in haar opzet is geslaagd en de beoogde herziening haar beslag zal krijgen, zal moeten worden afgewacht.⁴⁸

Met de keuze voor de Model Basisovereenkomst en de bijbehorende UAV-GC 2005 als contractvorm scoort de onderhavige procesinrichting echter net als procesinrichting (1) onvoldoende op het uitgangspunt (2).⁴⁹ Met die keuze is allereerst immers opnieuw

43 Zie par. 3.6.

44 Zie par. 3.4 en 3.5.

45 Zie opnieuw Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit.

46 Zie par. 3.4.

47 Zie <https://www.crow.nl/thema-s/contracteren/uav-en-uav-gc/tervisielegging-uav-gc-2020>

48 Zie in dit verband de kritische kanttekeningen die tijdens de consultatiefase bij de beoogde regeling zijn geplaatst: Bruggeman en Van Wassenaer 2021(2), p. 382-386 en Herber 2021, p. 518-520.

49 Zie par. 3.3.

sprake van een contractvorm die op een klassiek juridisch paradigma is gebaseerd.⁵⁰ Daarmee worden partijen vooral aangesproken op hun individuele verantwoordelijkheden. Voor een betere beheersing van (de gevolgen van) het informatierisico is echter een contractvorm nodig die partijen meer prikkelt tot op samenwerking gericht, non-adversarieel gedrag. De preadviescommissie beoogt met de herziening van de voorwaarden hieraan tegemoet te komen, in die zin dat in de herziene toelichting uitgebreid aandacht is voor het belang van precontractuele informatieverstrekking door de opdrachtgever. Ook de regeling in de nieuwe § 2a UAV-GC 2020 van een wederkerige verplichting van partijen tot proactief gedrag en communicatie past in dat kader. Het is de vraag of de voorwaarden met deze aanpassingen alsnog op alle fronten zullen voldoen aan uitgangspunt (2).⁵¹ Opnieuw geldt dat de uitkomsten van de consultatie en het verdere verloop van het proces van herziening moeten worden afgewacht.

In het verlengde van het voorgaande kan tot slot nog het volgende worden opgemerkt. Bij deze procesinrichting is de kans zoals gezegd groter dan bij de eerder besproken procesinrichtingen dat het informatierisico zich pas verwezenlijkt nadat tussen partijen gebondenheid is ontstaan wat betreft de voor de bouw verschuldigde prijs. Wanneer partijen de verantwoordelijkheid voor de gevolgen van de risicoverwezenlijking – de faalkosten – dan moeten verdelen op basis van een contractvorm die op een klassiek juridisch paradigma is gebaseerd, neemt de kans toe dat zij in dat kader een adversariële houding zullen aannemen hetgeen de faalkosten in omvang zal kunnen doen toenemen. Ook daarmee scoort deze procesinrichting niet goed op het uitgangspunt (2). De herziening beoogt hier overigens enigszins aan tegemoet te komen door met een aanpassing van § 47 UAV-GC 2020 te voorzien in een kader dat mede stuurt op het toepassen van minder adversariële methoden van geschiloplossing. Ook bij deze aanpassing zijn overigens kanttekeningen geplaatst.⁵²

50 Zie par. 2.4.3.

51 Zie in dit verband ook: Bruggeman en Van Wassenae 2021(2), p. 382-387 en p. 399-402. Tijdens de vergadering van de preadviescommissie van 4 oktober 2018 heb ik zelf overigens voorgesteld om de herziening aan te grijpen tot het treffen van een standaardvoorziening in de Model Basisovereenkomst waarmee voor de opdrachtgever en de aannemer de mogelijkheid zou ontstaan tot het projectspecifiek verdelen van (de gevolgen van) het informatierisico, zoals dat ook is voorzien in de hierna nog te bespreken procesinrichtingen (4) en (7). Het voorstel bouwde voort op de voordracht 'Gebruik maken van beschikbare juridische ruimte bij aanbesteden en contracteren', Marktvisie dialoogbijeenkomst, Zoetermeer, 19 juni 2018 (zie <https://www.marktvisie.nl/dialoogbijeenkomst-marktvisie-19-juni-2018-wetenschap-ontmoet-praktijk/> en <https://research.vu.nl/en/publications/beter-gebruik-maken-van-juridische-ruimte-bij-aanbesteden-en-cont>). Het voorstel kreeg geen meerderheid in de preadviescommissie. De preadviescommissie kon wel instemmen met het opnemen van de volgende tekst in par. 5.4 van de (concept) herziene toelichting: '(...) dat partijen kunnen voorzien in een nadere regeling in de Model Basisovereenkomst waarmee zij tot uitdrukking brengen dat bepaalde risico's door hen gezamenlijk worden gedragen. Daarmee introduceren zij dan elementen in hun onderlinge contractverhoudingen die kenmerkend zijn voor de zogenoemde alliantie.'

52 Zie Bruggeman en Van Wassenae 2021(2), p. 400-402.

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

Deze procesinrichting sluit opnieuw aan bij de keuze voor de toepassing van de geïntegreerde bouworganisatievorm. De opdrachtgever werkt de eisen van het ontwerp wederom tot een bepaald niveau uit, net 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 van de opdrachtgever. 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 van het project. 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 aanbesteding als beste uit de bus is gekomen. Die overeenkomst betreft zowel de verdere uitwerking van het ontwerp als de bouw van het project.

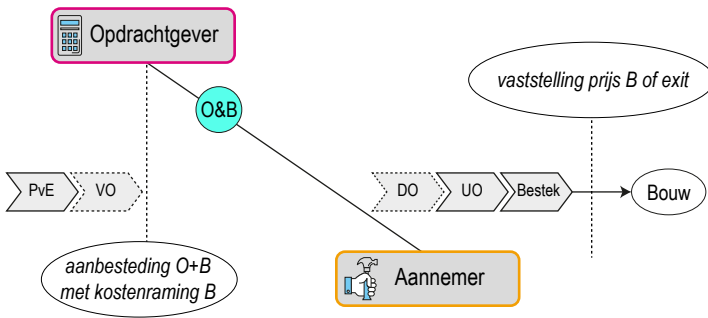


Fig. 5 - twee-fasen- proces met ‘uitstapmodel’

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 de regeling 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 gedragen, 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 door de aannemer, 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 van de ontbinding.

Ik maak hier een pas op de plaats om de lezer erop te wijzen dat ik wat de bovenstaande procesinrichting betreft mogelijk wat bevooroordeeld ben, omdat ik haar 20 jaar geleden zelf heb voorgesteld en uitgewerkt in een preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht.⁵³ Dat voorstel stond overigens niet op zichzelf: ik heb mij destijds mede daartoe laten inspireren door voorstellen van De Ridder,⁵⁴ Van den Berg⁵⁵ en Janssen⁵⁶. Tegelijkertijd bestaan er ook belangrijke verschillen met die voorstellen. Zo pleitte ook De Ridder destijds bijvoorbeeld voor een procesinrichting waarbij de aanbieding van de aannemer een mix van een aantal vaste en een aantal variabele bedragen bevat. Het door hem eveneens voorgestelde verrekeningssysteem met betrekking tot de vooraf moeilijk in te schatten risico's, die zich na de prijsvorming manifesteren, kent echter – anders dan de hierboven uiteengezette procesinrichting – een open einde-karakter.⁵⁷ Van den Berg leek zich destijds bij het voorstel van De Ridder aan te sluiten,⁵⁸ maar heeft in meer recente publicaties een procesinrichting bepleit – die inmiddels ook door Chao-Duivis lijkt te zijn omarmd⁵⁹ – die niet principieel afwijkt van de hierboven uiteengezette procesinrichting.⁶⁰

53 Zie Jansen, VBR Preadvies 2001, p. 41 t/m 46. Zie voor een uitgebreide bespreking van het preadvies en de daarin uitgewerkte procesinrichting: 'Totstandkoming en inhoud van design & constructiecontracten 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.

54 H.A.J. de Ridder, 'Cultuurverandering is broodnodig', *Land+Water*, nr. 4/1998, 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.

55 Van den Berg, VBR Preadvies 1997, p. 109-110. Zie over dit voorstel ook Chao-Duivis 2019, p. 20-21.

56 Janssen 2000, p. 723-726. Zie hierover ook Chao-Duivis 2019, p. 23.

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

58 Jansen, VBR Preadvies 2001, p. 47, voetnoot 81 met verwijzing naar Van den Berg, VBR Preadvies 1997, p. 109-110. Geheel terzijde: er kan met deze verwijzing denk ik geen misverstand over bestaan welke Van den Berg hier is bedoeld, zie de vraag die Chao-Duivis in voetnoot 74 van haar Delftse afscheidsrede stelt.

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

60 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: *Liber Amicorum Van Wassenaer* 2016, p. 141-158 op p. 156-157, besproken door: Chao-Duivis 2019, p. 57-58. Zie ook B. van den Berg, 'Risicoreductie bij grote geïntegreerde contracten', in: *Liber Amicorum Chao-Duivis* 2019, p. 157.

Als ik het goed zie, wordt het voorstel uit 2001 nu nieuw leven ingeblazen met het door Rijkswaterstaat voorgestelde twee-fasen-proces.⁶¹ De in het VBR-preadvis uitgewerkte procesinrichting voorziet immers in zo'n twee-fasen-benadering.⁶² 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.⁶³

Dat er wat het belangrijkste kenmerk van het twee-fasen-proces betreft een grote gelijkens 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 nog afzonderlijk zal bespreken – namelijk: als procesinrichting (5) – in de volgende paragraaf.

Volledigheidshalve merk ik nog op dat de hier besproken procesinrichting tevens voorziet in elementen die raakvlakken vertonen met de nog te bespreken alliantie.⁶⁴ Ik doel hier op de in de overeenkomst op te nemen projectspecifieke regeling van het informatiesico, waarvan de toepassing ertoe kan leiden dat de gevolgen van de risicoverwezen-

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

62 Aldus ook Janssen in het hiervoor genoemde verslag van de jaarvergadering van de VBR, BR 2002, p. 657. Hij stelde een jaar eerder een variant van de hier besproken procesinrichting (4) voor, zie Janssen 2000, p. 723-726 en mijn bespreking daarvan in: Jansen, VBR Preadvis 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, zie opnieuw Janssen 2000, p. 657. Wat de door Janssen beoogde vaststelling van de prijs voor de bouw betreft, zie ik weer meer overeenkomsten met de hiervoor in par. 4.2.2 besproken procesinrichting (2) en met de hierna in par. 4.3.3 nog te bespreken procesinrichting (5).

63 Een vergelijkbare cesuur zien we natuurlijk ook terug bij de reguliere traditionele bouworganisatievorm en bij de daarvan afgeleide verschijningsvorm van het traditionele bouwteam. Maar dat maakt nog niet dat de op die vormen gebaseerde procesinrichtingen (1) respectievelijk (2) verschijningsvormen van het twee-fasen-proces zijn, zoals Chao-Duivis lijkt te veronderstellen: zie Chao-Duivis 2019, p. 56 en ook par. 4.2.1 hiervoor. Bij de procesinrichtingen (1) en (2) worden het uitwerken van de eisen van het ontwerp en de bouw van het project immers niet aan één en dezelfde actor opgedragen. *Dat* lijkt mij echter – zoals hierboven in de hoofdtekst is betoogd – een wezenlijk onderdeel van procesinrichtingen die uitgaan van het twee-fasen-proces. Ik merk overigens op dat Chao-Duivis er in dit verband terecht op wijst dat de presentatie van het twee-fasen-proces door Rijkswaterstaat bepaald niet helder is, zie hierna ook par. 4.3.3.

64 Zie par. 4.4 waarin die procesinrichting (7) wordt besproken.

lijking over de opdrachtgever en de aannemer worden verdeeld.⁶⁵ Ik zie dat element ook terug in de hiervoor aangehaalde publicaties van Van den Berg en Chao-Duivis.⁶⁶

Dat brengt mij bij de beoordeling: hoe scoort deze procesinrichting op de uitgangspunten van het toetsingskader? Zoals ik hierboven al opmerkte, ben ik enigszins bevooroordeeld. Daardoor heeft de onderstaande uiteenzetting mogelijk een hoog 'wc-eend gehalte'. Ik wijs er daarom op dat in het themanummer van het *Tijdschrift voor Bouwrecht*, dat gelijktijdig met dit boekje is verschenen, nog een onafhankelijke beoordeling van de procesinrichting plaatsvindt.⁶⁷

Evenals alle andere procesinrichtingen die uitgaan van de keuze voor de toepassing van de geïntegreerde bouworganisatievorm, voldoet de onderhavige inrichting van het bouwproces allereerst aan het uitgangspunt (1) dat de aannemer, aan wie de bouw van het project wordt opgedragen, bij de ontwerpfase wordt betrokken.⁶⁸

Wat de procesinrichting verder gemeen heeft met de in de vorige paragraaf besproken 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 van het project. 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 van het project pas definitief wordt vastgesteld op het moment dat de ontwerpfase volledig is afgerond. Dat biedt de mogelijkheid om de gevolgen van de eventuele verwezenlijking van het informatierisico tijdens de ontwerpfase nog van invloed te laten zijn op die vaststelling. Daarmee voldoet deze procesinrichting aan het uitgangspunt (3) voor zover daarin is bepaald dat partijen pas gebonden raken aan een in beginsel vaste prijs voor de bouw van het project zodra voldoende zekerheid bestaat over de beheersing van het informatierisico.⁶⁹

Deze procesinrichting past ook binnen de aanbestedingsrechtelijke kaders en voldoet daarmee aan uitgangspunt (5).⁷⁰ 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.⁷¹ De winnende inschrijver verbindt zich reeds tot die bouw

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

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

67 Zie daarvoor de bijdrage aan het themanummer van Bleeker.

68 Zie par. 3.2.

69 Zie par. 3.4.

70 Zie par. 3.6. Zie voor een uitgebreide toetsing aan dit uitgangspunt: Jansen, VBR Preadvies 2001, p. 17-105. Daaraan is ook uitgebreid aandacht besteed tijdens de VBR Jaarvergadering van 2001, zie daarvoor het verslag in *BR* 2002, p. 649-675.

71 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. Vgl. ook Asser/Van den Berg 7-VI 2017/282 met verwijzing naar Chao-Duivis 2012, p. 175-177.

met de overeenkomst die tot stand komt na aanvaarding door de opdrachtgever van de aanbieding. In de tweede plaats vindt 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. Deze definitieve 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 in aanbestedingsdocumenten en de inhoud van de aanbieding.⁷²

Zoals hiervoor is opgemerkt, voorziet de onderhavige 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 stimuleren, overeenkomstig het uitgangspunt (2),⁷³ om zich gezamenlijk in te spannen tot het beheersen van (de gevolgen van) het risico en dat ook echt als een gezamenlijke verantwoordelijkheid te beschouwen, in het bijzonder tijdens de ontwerpfase. De opdrachtgever en de aannemer hebben in die fase, in de aanloop naar de definitieve vaststelling van de prijs voor de bouw, er immers beiden belang bij dat de betrouwbaarheidsmarge van de door de aannemer aangeboden kostenraming niet wordt overschreden. Denkbaar is dat partijen het daarvoor gewenste – op samenwerking gerichte en non-adversariële – gedrag, vanuit hun positieve ervaringen tijdens de ontwerpfase, gedurende de bouwfase zullen voortzetten.

De in deze procesinrichting voorziene beheersing (van de gevolgen) van het informatierisico roept hoofdzakelijk preventiekosten op. Daarmee wordt tot slot ook aan het uitgangspunt (4) voldaan.⁷⁴ Uiteraard kan het informatierisico zich ook nog verwezenlijken, net als bij alle andere procesinrichtingen, nadat de prijs voor de bouw definitief is vastgesteld en de aannemer met de bouw is gestart. Voor de beheersing van de gevolgen daarvan moeten dan faalkosten worden gemaakt, die overeenkomstig uitgangspunt (3) contractueel evenwichtig dienen te zijn belegd.⁷⁵ Daarvoor zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de bestaande paritair ontwikkelde contractvormen, vooropgesteld dat de verdere uitwerking daarvan partijen voldoende prikkelt tot op samenwerking gericht, non-adversarieel gedrag.⁷⁶

72 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 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 kanttekeningen worden herhaald die hiervoor in par. 4.3.1 zijn geplaatst.

73 Zie par. 3.3.

74 Zie par. 3.5.

75 Zie opnieuw uitgangspunt (3), par. 3.4.

76 Zie opnieuw uitgangspunt (2), par. 3.3.

Een kanttekening die bij deze procesinrichting kan worden geplaatst, is dat het er in theorie veelbelovend uitziet, maar dat het nog ontbreekt aan een 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 ontwerpfase en prijsvorming bouw (twee-fasen-proces met 'instapmodel')*

In de vorige paragraaf anticipeerde ik reeds op de alternatieve inrichting van het geïntegreerde bouwproces zoals die in 2019 door Rijkswaterstaat is voorgesteld, mede met het oog op een betere beheersing van (de gevolgen van) het informatierisico: het zogenoemde twee-fasen-proces.⁷⁷ Deze procesinrichting heeft met de in de vorige paragraaf besproken procesinrichting als belangrijkste kenmerk gemeen dat de opdrachtgever de uitwerking van de eisen van het ontwerp en de bouw van het project aan één en dezelfde actor opdraagt – de ontwerpende aannemer – en dat sprake is van een duidelijke cesuur tussen de voltooiing van het ontwerp enerzijds en de start van de bouw anderzijds. Die cesuur komt er zoals gezegd 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.⁷⁸

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'⁷⁹ voor de bouw en de uiteindelijke bouw van het project allemaal plaats binnen de kaders van een en dezelfde overeenkomst, zoals dat ook het geval is bij procesinrichting (4) die in de vorige paragraaf is besproken?⁸⁰ Dat laatste lijkt niet te zijn beoogd, nu in het rapport van Rijkswaterstaat 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 cursivering, CJ).'⁸¹ 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

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

78 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.'

79 Zie de vorige noot.

80 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 cursivering, 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 cursivering, CJ)'. Die tweede variant betreft dus procesinrichting (1).

81 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. En dat is dan ook een van de redenen waarom ik het voorstel van Rijkswaterstaat hier als een zelfstandige procesinrichting bespreek.

die overeenkomst dan blijkbaar niet alleen voorziet in afspraken met betrekking tot de bouw van het project, maar ook met betrekking tot de inmiddels afgeronde uitwerking van het ontwerp.⁸² 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 cursivering, CJ).⁸³ Het rapport zou daarmee wellicht ook zo kunnen worden gelezen dat de opdrachtgever na de aanbesteding van de ontwerpopdracht 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’.⁸⁴ 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.⁸⁵ Daarmee kan de procesinrichting als volgt worden gevisualiseerd.

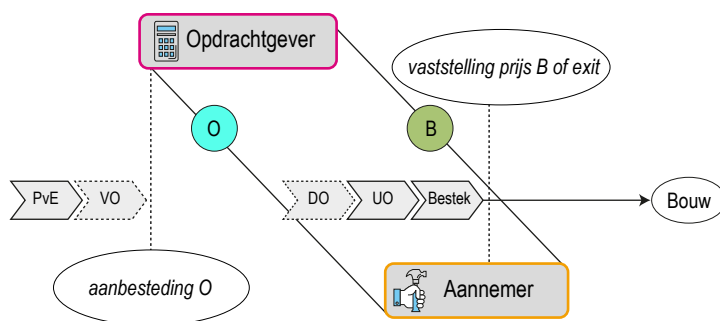


Fig. 6 - twee-fasen-proces met ‘instapmodel’

De toetsing van deze procesinrichting aan de normatieve uitgangspunten van hoofdstuk 3 pakt ten dele hetzelfde uit als die van procesinrichting (4). Zo wordt voldaan aan de uitgangspunten (1), (3) en (4):⁸⁶ de nadrukkelijk bij de ontwerpfase betrokken 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.

82 Als dat inderdaad is bedoeld, vertoont procesinrichting (5) weer gelijkennis met het voorstel dat Janssen in 2000 deed en dat ik in de vorige paragraaf heb besproken.

83 Zie Toekomstige opgave Rijkswaterstaat 2019, p. 37.

84 In de uitwerking van procesinrichting (4) in het VBR Preadvies van 2001 ben ik uitgebreid op deze kwestie ingegaan, mede in het licht van het uitgangspunt dat een procesinrichting niet op (te) gespannen voet mag staan met de beginselen en regels van het aanbestedingsrecht.

85 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 ontwerpfase – 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 cursivering, CJ).

86 Zie par. 3.2, 3.4 en 3.5.

Het uitgangspunt (3) houdt echter tevens in dat wanneer het informatierisico zich alsnog verwezenlijkt, 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 het twee-fasen-proces ook in zoverre aan het uitgangspunt (3) beantwoordt, kan op basis van het rapport van Rijkswaterstaat niet worden beoordeeld. Het rapport geeft namelijk geen inzicht in het juridisch-administratief kader dat Rijkswaterstaat op de twee elkaar opvolgende overeenkomsten beoogt toe te passen. Om die reden kan evenmin worden beoordeeld of en in hoeverre partijen worden geprikkeld tot op samenwerking gericht, non-adversarieel gedrag.⁸⁷

Deze procesinrichting lijkt bovendien te stranden op uitgangspunt (5).⁸⁸ Zoals ik eerder opmerkte is het weliswaar mogelijk om voor wat betreft de eerste fase – de ontwerpfase – 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.⁸⁹

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

In par. 4.2.2 ben ik ingegaan op procesinrichting (2) die aansluit bij de keuze voor het traditionele bouwteam als de toe te passen bouworganisatievorm. In dat kader heb ik opgemerkt dat in dat geval de recent gepubliceerde Modelovereenkomst Bouwteam DG 2020, in samenhang met de UAV 2012, als de toe te passen contractvorm kan worden gekozen.⁹⁰ Die Modelovereenkomst kan echter ook worden gebruikt – en daarover gaat deze paragraaf – wanneer wordt gekozen voor toepassing van de geïntegreerde bouworganisatievorm. In dat geval worden bij de inrichting van het bouwproces elementen van het traditionele bouwteam gecombineerd met elementen van andere procesinrichtingen.⁹¹ In de kern leidt deze combinatie van elementen dan tot de volgende procesinrichting.

87 Zie uitgangspunt (2) in par. 3.3.

88 Zie par. 3.6.

89 Ik verwijs in dit verband naar de probleemanalyse in par. 4.2.2 van de op het traditionele bouwteam gebaseerde procesinrichting en naar de oplossingsrichting die de Commissie Scheltema in 2009 hiervoor heeft gegeven: het als één overheidsopdracht aanbesteden van een gecombineerde advies- en bouwopdracht. Die oplossingsrichting sluit aan bij procesinrichting (4), zoals die ook is uitgewerkt in het VBR Preadvies van 2001, zie par. 4.3.2.

90 Dat geldt ook voor de Model Bouwteamovereenkomst 2021 van Bouwend Nederland.

91 Zie hierover bijvoorbeeld ook: A.M.B. Chao, 'Praktische reflectie op recente ontwikkelingen van bouwteams: het vervolg op de Monografie Bouwteam', in: Liber Amicorum Chao-Duivis, p. 615-633; J.N. de Koning, 'Het bouwteam als brug tussen de UAV 2012 en de UAV-GC 2005', in: Liber Amicorum Chao-Duivis 2019, p. 699-709.

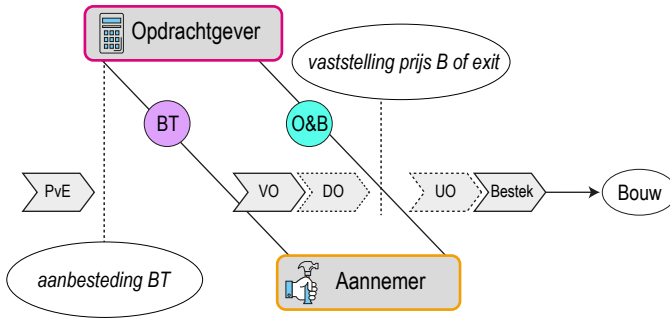


Fig. 7 - bouwteam met UAV-GC

De opdrachtgever werkt, al dan niet met behulp van een adviseur, de eisen van het ontwerp eerst uit tot een functioneel programma van eisen. Dat programma van eisen wordt vervolgens in een gecoördineerd samenwerkingsverband nader uitgewerkt tot een bepaald niveau, waarbij verschillende varianten mogelijk zijn. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de eisen van het ontwerp worden uitgewerkt tot een voorlopig ontwerp dan wel tot een definitief ontwerp. Aan het samenwerkingsverband dat deze uitwerking van het ontwerp ter hand neemt (het bouwteam), nemen in ieder geval de volgende actoren deel: de opdrachtgever, een of meer ontwerpadviseurs en – na een daartoe gehouden aanbesteding – de aannemer. Anders dan voor procesinrichting (2) geldt – het traditionele bouwteam – behoeven de werkzaamheden van de aannemer ten behoeve van het bouwteam nu niet beperkt te blijven tot het adviseren van de opdrachtgever en diens adviseur(s) wanneer zij ontwerpkeuzes maken. De aannemer kan nu namelijk ook zelf ontwerpkeuzes maken, al dan niet in samenwerking met de opdrachtgever en of diens adviseurs.

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 op basis van het aldus voltooide ontwerp. Wanneer de opdrachtgever en de aannemer overeenstemming over deze geïntegreerde opdracht bereiken, komt een tweede overeenkomst – een aannemingsovereenkomst – tussen hen tot stand. De aannemer gaat vervolgens aan de slag met de verdere uitwerking en voltooiing van het ontwerp en met de bouw. Voor het eventuele geval dat partijen er niet in zouden slagen overeenstemming over de tweede overeenkomst te bereiken, voorziet de eerste (bouwteam)overeenkomst in een beëindigingsregeling.

Hoe verhoudt deze inrichting van het bouwproces zich wat haar feitelijke kenmerken betreft tot de andere procesinrichtingen? En hoe scoort zij op de normatieve uitgangspunten?

Anders dan voor het traditionele bouwteam geldt, is de onderhavige procesinrichting niet op de traditionele maar de geïntegreerde bouworganisatievorm gebaseerd. Zij voorziet er immers in dat de aannemer, nadat de eisen van het ontwerp in bouwteamverband

tot een bepaald niveau zijn uitgewerkt, de verdere uitwerking en voltooiing van het ontwerp vanaf dat niveau voor zijn rekening neemt, alvorens over te gaan tot de bouw van het project. Het is zelfs mogelijk dat de aannemer hieraan voorafgaand – binnen de kaders van het bouwteam – ook al ontwerpkeuzes maakt ten behoeve van de uitwerking van de eisen van het ontwerp. In zoverre voldoet deze procesinrichting dus alleszins aan het uitgangspunt (1) dat de aannemer, aan wie de bouw wordt opgedragen, bij de ontwerpfase wordt betrokken.⁹² En 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 worden ontwaard van de hierna nog te bespreken alliantie.⁹³ Dit feitelijke kenmerk doet de procesinrichting, in samenhang met de eventuele keuze voor de Modelovereenkomst Bouwteam DG 2020 als onderdeel van de toe te passen contractvorm, ook goed scoren op het uitgangspunt (2).⁹⁴ Er wordt daarmee namelijk een juridisch-administratief kader geboden dat inzet op het bevorderen van de samenwerking tussen de betrokken actoren gedurende een deel van de ontwerpfase.⁹⁵ Denkbaar is bovendien dat een meer op samenwerking gerichte houding van partijen tijdens deze fase positief kan doorwerken in de daaropvolgende fase, waarin de aannemer het ontwerp verder uitwerkt en voltooit en vervolgens overgaat tot de bouw van het project.

Dat de opdrachtgever en de ontwerpende aannemer in deze procesinrichting twee opeenvolgende overeenkomsten met elkaar sluiten, doet denken aan het hiervoor besproken twee-fasen-proces van Rijkswaterstaat.⁹⁶ Zoals we eerder echter zagen, is het geen wezenskenmerk van een twee-fasen-proces dat de inrichting van het bouwproces voorziet in het gebruik van twee overeenkomsten in plaats van één.⁹⁷ Wat noodzakelijk is om van een twee-fasen-proces te kunnen spreken, is 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.⁹⁸ 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.⁹⁹

Aan die laatste voorwaarde wordt in de hier besproken procesinrichting echter niet voldaan. De vaststelling van de prijs voor de bouw vindt immers al plaats op een moment dat de ontwerpfase nog niet volledig is afgerond: het ontwerp dient na de vaststelling van die prijs eerst nog verder te worden uitgewerkt alvorens de aannemer met de bouw kan starten. In zoverre vertoont de onderhavige procesinrichting wat betreft haar score op de uitgangspunten (3) en (4) weer gelijkenis met de ‘reguliere’ geïntegreerde procesinrichting (3), afhankelijk van de keuze die de opdrachtgever daarin heeft gemaakt

92 Zie par. 3.2.

93 Zie par. 4.4.

94 Zie par. 3.3.

95 Zie bijvoorbeeld artikel 5 van de Modelovereenkomst Bouwteam DG 2020.

96 Zie par. 4.3.3.

97 Zie par. 4.3.2, waarin procesinrichting (4) is besproken.

98 Zie ook Chao-Duivis 2019, p. 56.

99 Zie par. 4.3.3.

ten aanzien van het niveau waarop de eisen van het ontwerp in het concrete geval zijn uitgewerkt alvorens partijen gebonden raken aan de prijs voor de bouw.¹⁰⁰

Mogelijk scoren procesinrichtingen (3) en (6) ook overigens vergelijkbaar op het uitgangspunt (3) in het geval dat het informatierisico zich onverhoopt alsnog verwezenlijkt, nadat partijen aan de prijs voor de bouw gebonden zijn geraakt. In dat geval moet voor de juridische toerekening van de gevolgen van de risicoverwezenlijking bij procesinrichting (6) immers worden teruggevallen op de paritair tot stand gekomen UAV-GC 2005, althans: wanneer partijen contracteren op basis van de Modelovereenkomst Bouwteam DG 2020. Ik verwijs in dit verband naar de opmerkingen die ik hierover heb gemaakt in het kader van de bespreking van procesinrichting (3).¹⁰¹ Een kanttekening die hierbij overigens kan worden geplaatst voor vervolgonderzoek, is de volgende. In de onderhavige procesinrichting omvat het totale juridisch-administratieve kader niet alleen de UAV-GC 2005 maar ook de Modelovereenkomst Bouwteam 2020. Beide kaders zullen dan ook in onderling verband dienen te worden beschouwd om uitspraken te kunnen doen over het antwoord op de vraag of de gevolgen van de risicoverwezenlijking in deze procesinrichting evenwichtig zijn belegd.¹⁰²

Wat het uitgangspunt (5) betreft, doet zich bij deze procesinrichting tot slot hetzelfde probleem voor als we hierboven hebben gezien bij de procesinrichtingen (2) en (5) die zijn gebaseerd op het traditionele bouwteam¹⁰³ respectievelijk het twee-fasen-proces van Rijkswaterstaat¹⁰⁴.¹⁰⁵ 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 van het project – enkelvoudig onderhands een overheidsopdracht aan diezelfde aannemer te verstrekken. Ik verwijs in dit verband opnieuw naar de eerdere probleemanalyse en naar de mogelijke oplossing daarvan.¹⁰⁶

100 Zie par. 4.3.1 en par. 2.3.2. Ik wijs hier op de nuancerende kanttekening die ik in par. 4.3.1 heb geplaatst bij de score die procesinrichting (3) op de uitgangspunten (3) en (4) kan behalen. Die score hangt namelijk 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. Zijn die eisen tot een definitief ontwerp uitgewerkt, dan is de kans dat het informatierisico zich daarna verwezenlijkt kleiner dan bij de variant waarbij de eisen slechts tot een functioneel programma van eisen zijn uitgewerkt (uitgangspunt (3)). In het eerste geval zal de beheersing van het informatierisico verhoudingsgewijs meer preventie- dan faalkosten oproepen, bij het tweede geval is dat omgekeerd (uitgangspunt (4)).

101 Zie par. 4.3.1 gelezen in samenhang met par. 3.4.

102 Chao gaat in haar bijdrage aan het themanummer van het *Tijdschrift voor Bouwrecht*, dat gelijktijdig met dit boekje is verschenen, dieper in op deze vraag.

103 Zie par. 4.2.2.

104 Zie par. 4.3.3.

105 Zie par. 3.6 over het uitgangspunt (5).

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

4.4 Procesinrichting (7): alliantie

De alliantie¹⁰⁷ valt in de eerste plaats als een bouworganisatievorm te karakteriseren. Zij neemt een zelfstandige plaats in naast de traditionele en de geïntegreerde bouworganisatievorm.¹⁰⁸ 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 van het project wordt opgedragen.¹⁰⁹ Deze feitelijke taakverdeling vertaalt zich vervolgens naar een klassieke verdeling van juridische verantwoordelijkheden. Het voorgaande betekent dat de opdrachtgever en de aannemer bij de traditionele en de geïntegreerde bouworganisatievorm ontwerpbeslissingen nimmer gezamenlijk zullen nemen, laat staan dat zij daar gezamenlijk verantwoordelijkheid voor dragen.¹¹⁰

Voor de bouworganisatievorm alliantie is zo'n *gezamenlijke* uitwerking van (een deel van) de eisen van het ontwerp, met bijbehorende *gedeelde* verantwoordelijkheid, nu juist een essentieel kenmerk.¹¹¹ Wanneer zij tot die basisvorm beperkt blijft, kwalificeert de bouworganisatievorm als een zogenoemde ontwerpalliantie. De opdrachtgever en de aannemer kunnen echter overeenkomen dat zij, in aanvulling op hun ontwerpbeslissingen, ook andere (bouw)procesbeslissingen gezamenlijk zullen nemen en daar gezamenlijk verantwoordelijkheid voor zullen dragen. Dat kan zelfs zover gaan, dat hun samenwerking het karakter krijgt van een volledige alliantie.¹¹² Nog afgezien van het feit dat het voorgaande al laat zien dat de alliantie – als bouworganisatievorm – meerdere verschijningsvormen kent,¹¹³ bestaat er in de praktijk ook overigens een veelheid aan procesinrichtingen die aansluiten op de keuze van de alliantie als de toe te passen bouworganisatievorm.¹¹⁴ Het voorgaande betekent dat *de* alliantie – als bouworganisatievorm – weliswaar bestaat, maar dat van een daarop aansluitende gestandaardiseerde procesinrichting (nog) geen sprake is. Dat laat echter onverlet dat het inmiddels wel al

107 Ik beperk mij in deze bijdrage tot de zogenoemde projectalliantie, waarbij partijen eenmalig in alliantieverband een project realiseren. Zie ook Asser/Van den Berg 7-VI 2017/297 met literatuurverwijzingen. Wanneer partijen een langdurige projectoverstijgende samenwerking met elkaar aangaan is sprake van een strategische alliantie, Asser/Van den Berg 7-VI 2017/299.

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

109 Zie par. 1.3.2.

110 De in par. 4.3.2 en par. 4.3.4 besproken procesinrichtingen (4) respectievelijk (6) lijken wat dat betreft overigens een uitzondering op de regel te vormen. Die procesinrichtingen sluiten enerzijds immers aan op de keuze voor de toepassing van de geïntegreerde bouworganisatievorm, maar kunnen anderzijds wel degelijk alliantieachtige kenmerken vertonen.

111 Zie hierover recent ook M.A.M.C. van den Berg en B.C.L. van den Berg, 'Het alliantiedomein als variabele grootheid', in: Liber Amicorum Chao-Duvis 2019, p. 163-173. Zie voorts Asser/Van den Berg 7-VI 2017/297.

112 Vgl. in dit verband ook Asser/Van den Berg 7-VI 2017/299. 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).

113 Maar dat geldt in feite ook voor de traditionele en zeker ook voor de geïntegreerde bouworganisatievorm. Zie immers par. 2.2.1, 4.2.1 jo. 4.2.2 respectievelijk par. 2.3.2.

114 Van Wassenaer gaat hier in zijn bijdrage aan het themanummer van het *Tijdschrift voor Bouwrecht*, dat gelijktijdig met dit boekje is verschenen, uitvoeriger op in.

mogelijk is om enkele veel voorkomende kenmerken te benoemen van procesinrichtingen die uitgaan van de alliantie als bouworganisatievorm.¹¹⁵

Wat dan allereerst opvalt, is dat die procesinrichtingen uit lijken te gaan van een ander paradigma dan de procesinrichtingen die aansluiten bij de keuze voor de traditionele of de geïntegreerde bouworganisatievorm. Bij een alliantie spreken opdrachtgever en aannemer af dat zij op gelijke voet met elkaar zullen samenwerken om tot een gezamenlijk resultaat te komen: de realisatie van de projectdoelstellingen tegen zo laag mogelijke kosten. Om dat resultaat te bereiken, nemen partijen beslissingen in het bouwproces (ten dele) gezamenlijk en zijn zij vervolgens ook gezamenlijk verantwoordelijk voor de gevolgen daarvan. Deze samenwerking op gelijke voet 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 procesinrichtingen die op de alliantie zijn gebaseerd.¹¹⁶ Het budget is gelijk aan de verwachte totale kosten van het project op het moment van oplevering. 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.

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 aanbesteding 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)¹¹⁷ alliantie. Die alliantie gaat er vervolgens toe over – partijen doen dat dus gezamenlijk – (een deel van) de eisen van het ontwerp uit te werken. Indien de alliantie het karakter heeft van een volledige alliantie, zal zij ook buiten het ontwerpproces gelegen procesbeslissingen voor haar rekening nemen. Heeft de alliantie daarentegen het beperktere karakter van een ontwerpalliantie, dan zullen de opdrachtgever en de aannemer de gebruikelijke individuele verantwoordelijkheden voor die andere procesbeslissingen blijven dragen. Hier valt in het bijzonder te denken aan de bouw van het project. Bij een ontwerpalliantie zal de aannemer die bouw 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 een op de alliantie gebaseerde procesinrichting, namelijk: de aanbesteding, het vaststellen

115 Zie hierover ook de in de vorige noot bedoelde publicatie van Van Wassenauer.

116 Zie hierover Klijn 2016, p. 31 e.v.

117 In het geval dat partijen hun afspraken over de gezamenlijk te nemen procesbeslissingen louter contractueel inkaderen, is sprake van een contractuele alliantie. Partijen kunnen het nemen van dergelijke beslissingen echter ook onderbrengen in een gezamenlijke vennootschap. In dat geval spreken we van een geïnstitutionaliseerde alliantie. Zie Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, p. 69-70.

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 eisen van het ontwerp en de vaststelling van het taakstellend budget twee parallel verlopende iteratieve processen zijn en dat verschillende (proces)varianten denkbaar zijn wat betreft het tijdstip waarop de definitieve vaststelling van het taakstellend budget plaatsvindt. Dat kan ófwel tijdens de aanbestedingsfase plaatsvinden, ófwel daarna, ófwel deels tijdens en deels na die fase.¹¹⁸

Dat in de praktijk (nog) geen gestandaardiseerde procesinrichting voorhanden is die aansluit op de keuze van de alliantie als toe te passen bouworganisatievorm, maakt het lastig om een toetsing aan de normatieve uitgangspunten uit te voeren. Wat hierna volgt is dan ook gebaseerd op de hiervoor beschreven algemene kenmerken die de diverse procesinrichtingen, die uitgaan van de alliantie als bouworganisatievorm, gemeenschappelijk hebben.¹¹⁹

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.¹²⁰ Van alle in deze bijdrage besproken procesinrichtingen lijkt een procesinrichting die uitgaat van de alliantie de betrokken partijen bovendien het meest te prikkelen tot op samenwerking gericht en non-adversarieel gedrag.¹²¹ Dat komt in de eerste plaats – want dat hebben alle op de alliantie gebaseerde procesinrichtingen immers met elkaar gemeen – doordat is voorzien in de keuze voor een contractvorm die geheel of ten dele op een alternatief juridisch paradigma is gebaseerd.¹²² Daarmee stimuleert het beoogde juridisch-administratieve kader partijen – in ieder geval tijdens de ontwerpfase,¹²³ maar mogelijk ook tijdens de bouwfase¹²⁴ – om het beheersen (van de gevolgen) van het informatierisico als een gezamenlijke verantwoordelijkheid te beschouwen en daarnaar te handelen. In het verlengde daarvan stimuleren de juridisch-administratieve kaders partijen vaak ook nog anderszins tot op samenwerking gericht en non-adversarieel gedrag, in het bijzonder in het kader van informatie-uitwisseling, communicatie, kwaliteitsmanagement, contractbeheersing en geschiloplossing.¹²⁵

Met procesinrichtingen die op de alliantie als bouworganisatievorm zijn gebaseerd zal over het algemeen ook aan de uitgangspunten (3) en (4) kunnen worden voldaan.¹²⁶ De mate waarin dat het geval zal zijn, zal overigens mede afhangen van de mate waarin de

118 Zie Klijn 2016, p. 33-37.

119 Zie hierover ook de bijdrage van Van Wassenaeer aan het eerder genoemde themanummer van het *Tijdschrift voor Bouwrecht*.

120 Zie par. 3.2.

121 Zie par. 3.3 over dit uitgangspunt (2).

122 De in par. 4.3.2 besproken procesinrichting (4) voorziet overigens ook in de mogelijkheid om voor zo'n contractvorm te kiezen.

123 En zoals hiervoor is opgemerkt, met verwijzing naar Klijn 2016, p. 33-37, zal die ontwerpfase dan (deels) kunnen overlappen met de aanbestedingsfase.

124 Dat zal zeker bij de volledige alliantie het geval zijn. Wat de ontwerpalliantie betreft is denkbaar dat partijen het op samenwerking gerichte en non-adversariële gedrag, vanuit hun positieve ervaringen tijdens de ontwerpfase, gedurende de bouwfase zullen voortzetten.

125 Zie opnieuw ook de bijdrage van Van Wassenaeer aan het eerdergenoemde themanummer.

126 Zie par. 3.4 en 3.5.

eisen van het ontwerp zijn uitgewerkt op het moment dat tussen de opdrachtgever en de aannemer gebondenheid aan het taakstellend budget ontstaat. Maar ook in het geval dat die eisen op dat moment nog verdere uitwerking behoeven, biedt een op de alliantie gebaseerde procesinrichting 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 taakstellend budget. De toepassing van het voorgaande laat zich niet alleen in theorie denken, maar lijkt ook in de praktijk te werken. Waar het echter nog aan ontbreekt – en ook dat is een aandachtspunt voor de toekomst – is een uitgewerkt *gestandaardiseerd* juridisch-administratief kader dat die toepassing projectonafhankelijk zou kunnen faciliteren. Maar zoals eerder opgemerkt: dat geldt ook voor een aantal andere procesinrichtingen die ter tafel liggen.

Dat brengt mij tot slot bij het uitgangspunt: (5) de op de alliantie gebaseerde procesinrichtingen dienen niet op (te) gespannen voet te staan met de beginselen en regels van het aanbestedingsrecht. Of en in hoeverre hier sprake is van een probleem, 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: de aanbesteding, het vaststellen van het taakstellend budget, het aangaan van de overeenkomst(en) en de verdere uitwerking van de eisen van het ontwerp. Juist omdat de onderlinge temporele afstemming van deze onderdelen in de praktijk op verschillende manieren lijkt plaats te vinden, ligt ook hier een mogelijk aandachtspunt voor nader onderzoek.

Vooruitlopend op dat onderzoek merk ik hier al vast op dat het ook wat betreft de bouworganisatievorm alliantie 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, waarmee de laatste zich niet alleen verbindt tot het – in alliantieverband – verder uitwerken van de eisen van het ontwerp, maar ook tot de bouw van het project.¹²⁷ 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 toegesneden voorwaarden zoals die zijn vastgelegd in de aanbestedingsdocumenten en de inhoud van de aanbieding.¹²⁸

127 Of ook de bouw in alliantieverband plaatsvindt, hangt dan zoals gezegd af van de vraag of de procesinrichting is gebaseerd op een ontwerpalliantie dan wel een volledige alliantie.

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

5 Slotbeschouwing: aandachtspunten voor vervolgonderzoek

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 omgevingsfactoren zich naar verwachting zullen bevinden. Er bestaat nooit 100% zekerheid dat die aannames 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 informatierisico is een systeemkenmerk dat inherent is aan de realisatie van bouwprojecten. Wat men daarom 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 moeten zien, *dat* is het probleem dat oplossing behoeft.¹

Wat we verder weten, is dat er inmiddels verschillende procesinrichtingen ter tafel liggen waarmee mogelijk in een oplossing van het probleem 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 wat die kenmerken betreft precies tot elkaar verhouden.² Dat maakt verder onderzoek vanuit hetzelfde referentiekader mogelijk en zal ook het debat over die procesinrichtingen vereenvoudigen. Waar overigens nog wel behoefte aan bestaat, is enige verduidelijking ten aanzien van de precieze feitelijke kenmerken van procesinrichting (5) (twee-fasen-proces met 'instapmodel')³, procesinrichting (7) (alliantie)⁴ en – in mindere mate – procesinrichting (6) (bouwteam met UAV-GC)⁵. Wat de procesinrichtingen (5) en (7) betreft, gaat het dan vooral om de vraag hoe belangrijke onderdelen daarvan – namelijk: de aanbesteding, de prijsvorming 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 precies 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 prijsvormingsproces. Dat is vooral nodig om de procesinrichtingen beter te kun-

1 Zie par. 1.4, par. 2.1 en par. 2.4.1.

2 Zie par. 4.

3 Zie par. 4.3.3.

4 Zie par. 4.4.

5 Zie par. 4.3.4.

nen evalueren in het licht van het uitgangspunt (5) dat zij niet op (te) gespannen voet mogen staan met het aanbestedingsrechtelijk kader.⁶

Binnen de kaders van de hiervoor geschetste kennisbeperkingen is het ook mogelijk gebleken om op hoofdlijnen al enkele evaluatieve uitspraken te doen over de mate waarin de verschillende procesinrichtingen elk afzonderlijk voldoen aan de normatieve uitgangspunten van hoofdstuk 3. In dat verband is overigens wel het voorbehoud gemaakt dat die uitgangspunten een voorwaardelijk karakter hebben. Het gaat vooralsnog om premissen die mogelijk onvolledig 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 vragen die door middel van vervolgonderzoek dienen te worden beantwoord.

Binnen de kaders van het hiervoor gemaakte voorbehoud is het vervolgens mogelijk om op basis van de 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 onderzoek en debat mogelijk wat betreft de vraag welke 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 procesinrichting in ieder geval zou moeten faciliteren dat de aannemer, aan wie ook de bouw van het project wordt opgedragen, zoveel mogelijk óók bij het ontwerp van dat project wordt betrokken, zou procesinrichting (1) (klassieke driehoek)⁷ nu niet dienen te worden geprioriteerd voor verder onderzoek. Dat laat onverlet dat vervolgonderzoek naar andere procesinrichtingen inzichten kan opleveren waarmee ook procesinrichting (1) zou kunnen worden verbeterd.⁸

Uitgaande van de wenselijkheid dat een procesinrichting 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 verschuldigde prijs – over voldoende mate van zekerheid beschikken dat (de gevolgen van) het informatie-risico voldoende is beheerst of nog zal kunnen worden beheerst,⁹ zou procesinrichting (3) (UAV-GC)¹⁰ evenmin voor verder onderzoek dienen te worden geprioriteerd. Er zijn andere procesinrichtingen voor handen die hogere ogen gooien wat betreft het genoemde uitgangspunt.¹¹ Dat zijn de procesinrichtingen (2) (traditioneel bouwteam), (4) (twee-fasen-proces met ‘uitstapmodel’), (5) (twee-fasen-proces met ‘instapmodel’) en (6) (bouwteam met UAV-GC). Deze procesinrichtingen hebben als gemeenschappelijk kenmerk 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

6 Zie uitgangspunt (5) in par. 3.6.

7 Zie par. 4.2.1.

8 Zie hierover ook Bruggeman en Jansen, *TBR* 2021/99.

9 Zie uitgangspunt (3) in par. 3.4.

10 Zie par. 4.3.1.

11 Ook hier geldt overigens dat vervolgonderzoek naar andere procesinrichtingen inzichten kan opleveren waarmee procesinrichting (3) zou kunnen worden verbeterd.

overigens wel dat bij procesinrichting (4) geen *prijsvorming* maar *prijsvaststelling* plaatsvindt.¹² Een verschil tussen procesinrichting (6) en de procesinrichtingen (2), (4) en (5) is dat bij procesinrichting (6) *prijsvorming* plaatsvindt op enig moment *gedurende* het ontwerpproces en niet pas na voltooiing daarvan.¹³

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.

Zoals elders in dit boekje is gemeld,¹⁴ zijn de bovenstaande aandachtspunten voor vervolgonderzoek opgepakt door een viertal experts, die ieder één van de procesinrichtingen (4), (5), (6)¹⁵ en (7) aan een nader onderzoek hebben onderworpen. De resultaten daarvan zijn opgenomen in een themanummer van het *Tijdschrift voor Bouwrecht* dat gelijktijdig met dit boekje is gepubliceerd.¹⁶

12 Zie par. 4.3.2.

13 Zie par. 4.3.4.

14 Zie het voorwoord en paragraaf 1.2.

15 Bezien in samenhang met procesinrichting (2).

16 Zie A.M.B. Chao, 'Bouwteam samenwerking als een procesinrichting om het informatierisico en de gevolgen daarvan het hoofd te bieden', *TBR* 2021/97, p. 743; R.G.T. Bleeker, 'Een bouwcontract is geen juristencontract. Over een eenvoudig twee-fasencontract binnen de UAV-GC', *TBR* 2021/95, p. 711; G.J. Huith, 'Eerlijk werk voor eerlijk geld? Enkele beschouwingen over het twee-fasen proces en daarbij behorende kritische succesfactoren', *TBR* 2021/96, p. 724; A.G.J. van Wassenaer, 'De aliantie verder ontrafeld', *TBR* 2021/98, p. 760.

De realisatie van bouw- en infrastructurele projecten op basis van geïntegreerde contracten wordt al jarenlang als problematisch ervaren. Deze publicatie bevat de resultaten van een onderzoek naar de achtergronden en mogelijke oplossingen van die problematiek.

Centraal staat het zogenoemde informatierisico. Beslissingen van opdrachtgevers en aannemers tot het aangaan van een bouwcontract zullen altijd in meer of mindere mate zijn gebaseerd op aannames met betrekking tot de feitelijke toestand waarin projectspecifieke omgevingsfactoren zich naar verwachting zullen bevinden. Wanneer tijdens de realisatie vervolgens blijkt dat die aannames onjuist en/of onvolledig zijn, verwezenlijkt zich het informatierisico met alle nadelige gevolgen van dien.

De uitdaging waar de bouwsector voor staat, is te komen tot een zodanige inrichting van het bouwproces dat (de gevolgen van) het informatierisico – binnen de kaders van het aanbestedingsrecht – doelmatig kan worden beheerst. In dat kader worden een zevental 'oude' en 'nieuwe' procesinrichtingen beschreven en met elkaar vergeleken: (1) de traditionele bouworganisatievorm ('klassieke driehoek') op basis van UAV 2012; (2) het traditionele bouwteam; (3) de (reguliere) geïntegreerde bouworganisatievorm op basis van UAV-GC 2005; (4) het twee-fasen-proces zonder 'instapmodel'; (5) het twee-fasen-proces met 'instapmodel'; (6) het bouwteam met UAV-GC 2005; en (7) de alliantie.

De vergelijkende beoordeling vindt plaats aan de hand van een voorlopig toetsingskader en heeft ook overigens een verkennend karakter. Zij is vooral bedoeld om tot premissen te komen ten behoeve van vervolgonderzoek en verder debat. Dat onderzoek en debat zullen interdisciplinair van aard zijn. Om die reden is dit boekje niet alleen geschreven voor bouwjuristen, maar ook voor andere professionals in de bouw met een economische, technische of managementachtergrond.

Chris Jansen is als hoogleraar privaatrecht verbonden aan het Centre for Public Contract Law & Governance (CPC) aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

ISBN 978-94-6315-063-7
NUR 822



9 789463 150637 >