

AANBESTEDINGEN

# 'Of gelijkwaardig...' Probleemrecept?

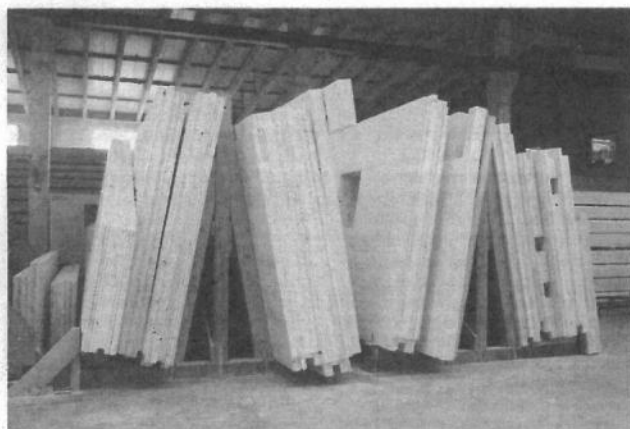
Al sinds jaar en dag verbieden de aanbestedingsregels aanbesteders merken en leveranciers voor te schrijven in hun aanbestedingsstukken. Uitgevraagde producten moeten functioneel omschreven worden en alleen als dat echt niet gaat, mag er toch aan een specifiek product gerefereerd worden. Die verwijzing naar dat specifieke product moet dan wel gepaard gaan met de woorden "...of gelijkwaardig."

DOOR LEENDERT VAN DEN BERG

**C**onceptueel is dat laatste al een gevaarlijk spel. Deze uitweg is voor aanbesteders alleen dan toegestaan als ze kennelijk zelf niet in staat zijn om tot een functionele omschrijving van het product te komen. Er moet dus sprake zijn van iets bijzonders dat zich niet in een omschrijving laat vangen. De vraag die zich dan onmiddellijk opdringt is, hoe de inschrijver die een ander product wil aanbieden dan het product dat met name genoemd wordt, moet gaan beoordelen en waarmaken dat zijn product daadwerkelijk gelijkwaardig is. Aangenomen mag daarbij worden dat de producent van het 'voorgescreven' merkproduct de specificaties en bijzonderheden daarvan zorgvuldig tegen de borst zal houden om zo de concurrentie voor te blijven.

## Gevel

Dat er onder die omstandigheden ongelukken kunnen gebeuren, bewijst een recente uitspraak van de Raad van Arbitrage (RvA 19 juni 2017, geschil 34.857). De casus die tot het geschil leidde is zeer uitgebreid omschreven door arbiters. Waar het hier om gaat is dat de uiteindelijke opdrachtgever voor een groot gebouw een beeldbepalende gevel wenste van grote kunststof composietdelen. Enerzijds gaf het bestek een gedetailleerde omschrijving van de samenstelling van de geveldelen en de wijze waarop ze vervaardigd moesten worden, anderzijds refereerde de opdrachtgever aan een specifiek merk met de bezwerende formule '...of gelijkwaardig'. Een inschrijver vroeg dit uit bij een onderaannemer, die er (samen met diens leverancier) van overtuigd was dat hij zonder het genoemde merk te leveren tot het betreffende product kon komen. Nadat onderaannemer daarop een specifieke garantie aan de inschrijver had gegeven en een zeer scherpe prijs, schreef de inschrijver daadwerkelijk in en kreeg hij de opdracht gegund. Daarna begonnen de problemen. De onderaannemer ging aan de slag maar slaagde er (met zijn leverancier) maar



Uitgevraagde producten moeten functioneel omschreven worden en alleen als dat echt niet gaat, mag aan een specifiek product gerefereerd worden. Die verwijzing moet dan wel gepaard gaan met de woorden '...of gelijkwaardig.'

niet in om alle besteisen in één product te verenigen. De (voor de bouw natuurlijk noodzakelijke) tijd schreed voort en het lukte onderaannemer maar niet. Uiteindelijk wendde de onderaannemer zich tot de in het bestek bij name genoemde producent. Die wilde zijn bedrijfsgeheimen niet prijsgeven maar wenste ook geen belofte te doen om een product te leveren dat aan alle besteisen kon voldoen. Arbiters oordelen uiteindelijk dat de bestekoplossing niet kon worden gemaakt, in die zin dat nimmer aan alle gestelde eisen voldaan zou kunnen worden. Dat gold evenzeer voor het met name genoemde product. Vervolgens volgde een op de betreffende zaak toegesneden oordeel over de verantwoordelijkheden van partijen. Kort gezegd oordelen arbiters dat de onderaannemer er vanuit mocht gaan dat het bestek maakbaar was nu er in het bestek een specifiek product genoemd was. Daar waar onderaannemer later stelde dat het bestek niet maakbaar was, diende hij dat aan te tonen. Daarin ontstond echter een kantelpunt toen duidelijk werd dat de 'voorgescreven' producent ook niet aan

de eisen kon voldoen en daarmee het bestek feitelijk niet maakbaar bleek.

## Les

De discussie in deze zaak zag op grote bedragen die partijen over en weer van elkaar claimden (en waarover arbiters in een verder vonnis nog moeten beslissen). De zaak demonstreert daarmee enerzijds het belang van een deugdelijke bestekomschrijving en anderzijds het inherente gevaar van het als maatstaf voor een te leveren prestatie gebruiken van een product met kennelijk onbeschrijflijke eigenschappen. De les is dan ook wellicht dat als iets niet functioneel te omschrijven is, het waarschijnlijk gewoon niet bestaat of zodanig exclusief is dat een verwijzing er naar alleen maar tot problemen zal leiden.



Leendert van den Berg,  
Severijn Hulshof  
advocaten

Instantie: Raad van Arbitrage voor de Bouw  
Uitspraak: 19 juni 2017  
Zaaknummer: 34.857

## COLUMN

PAUL MULLER

### Bouwwak moet terug

De zomervakantie is voor de scholieren bijna afgelopen en de meeste mensen gaan weer aan het werk. Maar de bouwvakker kan onder het mom van de 'bouwvak' zelf bepalen wanneer hij op vakantie gaat. In een sector waar op dit moment alle handen nodig zijn, is dat een ernstig probleem, betoogt Paul Muller van Bouwgenius.

In 1929 gaf de cao van de bouwsector het recht op vakantie aan bouwvakkers: maar liefst drie dagen verplicht vrij. In 1965 waren het al 15 dagen, maar sinds 1981 bestaat er geen verplichte periode meer waarin bouw personeel vrij moet nemen. Aangezien de bouwsector traditioneel is ingesteld, kunnen de bedrijven maar moeilijk afscheid nemen van het fenomeen: de bouwvak. Alhoewel dit officieel niet meer bestaat, wordt er toch elk jaar advies gegeven door vakbonden welke weken de drie verschillende regio's in ons land 'bouwvak' kunnen hebben.

Het gevolg van het ondoorzichtige advies is dat er een gigantische spreiding is van bouw personeel dat vakantie opneemt. Want de bouwvak is niet alleen over de drie regio's verspreid, maar wordt ook slechts door de helft van de bedrijven aangehouden en geldt dus niet door iedereen. Het resultaat is dat er tussen juni en september constant bouw personeel afwezig is. In andere industrieën is dat een normale situatie en levert dat geen problemen op, maar in een sector waar een nijpend personeels tekort is, heeft dat ernstige gevolgen. Afwezigheid van personeel zorgt ervoor dat er externen ingehuurd moeten worden, wat vervolgens de vraag naar zzp'ers - en dus het uurloon dat zij vragen - gigantisch heeft doen stijgen. Ook flexibel personeel is echter het hele jaar aan het werk en benut ook de 'bouwvak' om vakantie te nemen. Door de grote hoeveelheid werk is men niet bang geen werk meer te hebben na de vakantie, iets wat tijdens de crisis nog weleens anders was.

De oplossing is om het oude systeem van de bouwvak weer officieel van kracht te laten gaan: laat bouw personeel in heel Nederland in dezelfde periode vakantie vieren, zodat er slechts een beperkte periode niet wordt gewerkt. Dan is de impact - die de constante afwezigheid van het personeel over het hele jaar heeft - kleiner en kan er de rest van het jaar keihard worden gewerkt.

Paul Muller,  
CEO van Tecline en Bouwgenius