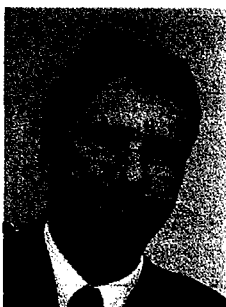


Aanbesteding



Leendert van den Berg
Severijn Hulshof advocaten

Aanbesteden en kwaliteitsborging in de bouw

In 2015 heb ik in dit blad al eens de relatie tussen aanbestedingen en kwaliteitsborging in de bouw besproken.¹ Daarbij heb ik gepleit voor een grotere mate van kennisdeling door aanbesteders en voor een grotere betrokkenheid van aanbesteders bij hun eigen projecten. Met kennisdeling doelde ik op een uitwisseling van kennis die zou leiden tot werkelijke samenwerking tussen opdrachtgever en aannemer en tot het niet wegschuiven van onbeheersbare risico's. De voortgang van de behandeling van het wetsvoorstel van de Wet Kwaliteitsborging voor het bouwen² rechtvaardigt een hernieuwde bespreking van dit onderwerp. Inmiddels is het wetsvoorstel aangenomen door de Tweede Kamer en ligt het bij de Eerste Kamer. Pogingen om het wetsvoorstel controversieel te verklaren hebben het niet gered en inmiddels is het voorstel besproken in de Vaste Commissie voor binnenlandse zaken en de hoge Colleges van Staat. De behandeling wordt dan ook onverkort voortgezet. De voorlopige planning is dat het voorstel gefaseerd zal worden ingevoerd vanaf 1 januari 2018.

Waar ziet het wetsvoorstel op? Het voorstel van wet kent een publiekrechtelijk deel en een privaatrechtelijk deel. In het publiekrechtelijke deel gaat het bouwtoezicht zoals we dat nu kennen op de schop. Dat deel laat ik hier verder onbesproken. Het privaatrechtelijke deel voorziet in een aantal aanpassingen van titel 12 van Boek 7 BW. De doelstelling van het

privaatrechtelijke deel is – volgens de wetgever althans – om de bouwconsument een betere bescherming te bieden dan thans het geval is. In verschillende andere publicaties heb ik mij al kritisch over die doelstelling uitgelaten nu de aanpassingen gedaan worden in titel 12, Afdeling 1 van Boek 7 BW. Die afdeling ziet op aanneming van werk *in het algemeen* en daarmee op alle overeenkomsten voor aanneming van werk.³ Dit, terwijl de tweede afdeling van titel 12 van Boek 7 BW specifiek ziet op de bouw van woningen in opdracht van een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Met andere woorden, de tweede afdeling ziet op de consument die volgens de wetgever extra bescherming nodig heeft. Toch worden aanpassingen aan het Burgerlijk Wetboek gedaan die ook vooral ten goede zullen komen aan de professionele opdrachtgever, waarvan het maar de vraag is of die extra bescherming behoeft.

Een van die aanpassingen is een aanvulling op artikel 7:754 BW. Dit artikel voorziet nu al in een waarschuwingsplicht voor de aannemer ten aanzien van onjuistheden in de opdracht die hij kende of redelijkerwijze behoorde te kennen. Die waarschuwingsplicht ziet ook op gebreken en ongeschiktheid van zaken afkomstig van opdrachtgever, alsmede fouten in plannen, tekeningen, berekeningen en zo verder. De huidige waarschuwingsplicht geldt zowel bij het aangaan als bij het uitvoeren van de overeenkomst. Aan deze waarschuwingsplicht wordt in het wetsvoorstel een vormvereiste toegevoegd; in de toekomst kan de waarschuwing alleen nog maar schriftelijk en ondubbelzinnig worden gedaan. De aannemer moet verder ook nog eens waarschuwen voor de gevolgen voor een deugdelijke nakoming van de overeenkomst. Is de opdrachtgever een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf dan kan niet ten nadele van hem van deze bepaling worden afgeweken. In de behandeling in de Vaste Commissie werd door de leden van de CDA-fractie een interessant probleem naar voren gebracht. Door de algemene strekking van het wetsvoor-

stel, zal de aangepaste waarschuwingsplicht ook gaan gelden voor werken die openbaar worden aanbesteed. Daarbij is het niet waarschijnlijk dat een professionele aanbesteder ten nadele van zichzelf zal afwijken van de wettelijke regeling. Ook bij professionele aanbesteders zal de aannemer dus schriftelijk en ondubbelzinnig moeten waarschuwen voor – kort gezegd – alle mogelijke fouten aan de zijde van de aanbesteder/opdrachtgever.

In aanbestedingen geldt echter de vaste regel dat inschrijvingen waaraan voorwaarden zijn verbonden, ongeldig zijn.⁴ Hetzelfde geldt voor inschrijvingen die niet voldoen aan de daaraan gestelde eisen of die niet beantwoorden aan de uitvraag van de aanbesteder. De leden van de CDA-fractie stelden de mijns inziens terechtte vraag of de regering de positie van aannemers ten opzichte van professionele opdrachtgevers dusdanig gelijkwaardig acht, dat het doen van de wettelijk benodigde waarschuwing niet wordt gezien als een voorwaarde waardoor de inschrijving op voorhand wordt uitgesloten van deelneming. In een formele aanbestedings-situatie klemt dat nog te meer omdat de waarschuwing daar al snel zal moeten worden gezien als een voorwaarde bij de bieding. Met de waarschuwing beoogt de aannemer immers zijn aansprakelijkheid voor bepaalde zaken te beperken of uit te sluiten. Een aannemer die wel waarschuwt zal daarmee in een andere positie komen te verkeren dan een aannemer die de waarschuwing niet doet. De inschrijvingen zullen daarmee onderling niet meer vergelijkbaar zijn, hetgeen aanbestedingsrechtelijk doorgaans vervelende consequenties heeft. De leden van de CDA-fractie gingen nog verder en vroegen zich ook af of de regering deze consequenties reëel alsook rechtvaardig acht, mede gelet op de invloed die professionele opdrachtgevers plachten te hebben op de bouw en het tot stand te brengen eindresultaat. De aldus gestelde vragen sluiten geheel aan bij hetgeen ik in 2015 al schreef; het is tijd voor eerlijker risicoverdelingen in de bouw. Hoewel de bedoelingen van de wetgever met dit voorstel nobel zijn, blijkt ook op

dit punt weer eens dat het wetsvoorstel volstrekt onvoldoende doordacht is. Als de grondgedachte van de wetgever is dat er bij partijen in de bouw een kennisasymmetrie is, waarom worden dan niet alleen partijen beschermd bij wie zich dat ook daadwerkelijk voordoet? En waarom wordt er geen aandacht geschonken aan het zeer fijngeveven web van aanbestedingsregels die het in het kader van een aanbesteding formeel waarschuwen feitelijk onmogelijk maakt? Naar ik hoop zal het antwoord op de nu

gestelde vragen nog tot een novelle leiden op het huidige wetsvoorstel. Gelet op het weinige gevolg dat de wetgever echter tot nog toe heeft gegeven aan de in vele artikelen reeds verwoorde kritiek op het voorstel, vrees ik echter het ergste ...

1. VGR 2015, afl. 2, p. 46-47.
2. Wetsvoorstel 34453 tot wijziging van de Woningwet, de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering

van een nieuw stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen en de versterking van de positie van de bouwconsument.

3. Waarbij overigens wel de wijzigingen steevast zien op het aannemen van een 'bouwwerk', waardoor opdrachten van aanneming van werk in andere sectoren dan de bouw niet onder de regeling zullen vallen. Een definitie van 'bouwwerk' wordt overigens door de wetgever niet gegeven. Daarvoor moet worden teruggegrepen op het publiekrecht.
4. Zie bijvoorbeeld artikel 2.32 lid 1 ARW 2016.