

Aanbesteding



Leendert van den Berg
Severijn Hulshof Advocaten

Risico's verdelen bij aanbestede contracten

Bij iedere overeenkomst die wordt gesloten is er een initiatiefnemer die een voorstel doet voor de tekst van de overeenkomst. In het vastgoedrecht wordt daarbij vaak voor modelovereenkomsten gekozen of voor gangbare algemene voorwaarden zoals de UAV en de UAV-GC 2005 voor bouwcontracten, ROZ-modellen voor de verhuur voor onroerend goed enz. Die modelcontracten en voorwaarden worden ook vaak gebruikt voor overeenkomsten die (openbaar) worden aanbesteed. Zelden wordt daarbij echter gebruik gemaakt van de voorwaarden in ongewijzigde vorm. In de regel wordt zelfs sterk afgeweken van die voorwaarden en vooral van de daarin opgenomen risicoverdelingen. Het motto lijkt daarbij ontleend te zijn aan een inmiddels bekende tv-reclame: 'Niet omdat het moet maar omdat het kan.' In deze bijdrage wordt ingegaan op de vraag of dat een wenselijke ontwikkeling is en op de vraag of inschrijvers op aanbestedingen zich hiertegen kunnen verzetten.

In aanbestedingen is de inhoudelijke dialoog tussen de toekomstige opdrachtgever en de toekomstige opdrachtnemer doorgaans (zeer) beperkt. De aanbesteder maakt zijn pakket voorwaarden bekend voor zowel de aanbesteding zelf als voor de te sluiten overeenkomst. In de gebruikelijke aanbestedingsprocedures, de openbare en de niet-openbare procedures is niet echt voorzien in onderhandelingen over die pakketten. Doorgaans is er ook geen ruimte voor. Inschrijvers kunnen in inlichtin-

genrondes vragen stellen over de aanbestedingsvoorwaarden en over de contractvoorwaarden. Als op hun vragen geen of een niet afdoend antwoord komt, hebben zij feitelijk twee keuzes. Inschrijven op de voorwaarden zoals ze er liggen of niet inschrijven. In eerdere bijdragen voor dit tijdschrift besprak ik ook de mogelijke andere keuzes zoals het indienen van een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts of het starten van een kort geding tegen specifieke voorwaarden. In het kader van deze bijdrage zie ik die derde mogelijkheid echter niet als een werkelijke mogelijkheid om tot onderhandelingen over de voorgestelde voorwaarden te komen. Daarvoor is het kader van een klacht of een gerechtelijke procedure veel te beperkt.

Deze beperkte ruimte voor inschrijvers geeft aanbesteders in zekere zin vrij spel om die voorwaarden te bedingen die hen voor de geest komen. Met een grote vrijheid komt echter ook een grote verantwoordelijkheid. Uiteindelijk is het doel van een aanbesteding immers het realiseren van een project of het inkopen van een dienst of levering ten behoeve van het algemeen belang. Dat belang is weliswaar aan de ene kant gebaat bij een goede prijs en goede voorwaarden maar aan de andere kant is dat belang niet gebaat bij een vechcontract, noch bij een opdrachtnemer die door de gestelde voorwaarden in de problemen kan komen. De vrijheid van de aanbesteder is daarnaast niet onbeperkt. De *Gids Proportionaliteit* kent inmiddels immers ook regels die zien op de aan te besteden overeenkomsten. Een van die regels is dat risico's daar gelegd moeten worden waar zij gedragen kunnen worden. Een andere regel – en die wordt met verve toegepast door de Commissie van Aanbestedingsexperts¹ – is dat daar waar (evenwichtige) modelovereenkomsten beschikbaar zijn, die ook moeten worden toegepast.

Deze voorschriften bieden echter maar een beperkte bescherming aan inschrijvers tegen onevenwichtige risicoverdelingen in aanbestede overeenkomsten. Van de voorschriften van de *Gids Proportionaliteit* kan immers gemotiveerd worden afgeweken. Daarnaast geldt dat ook onder de be-

schikbare modelcontracten onevenwichtige risicoverdelingen mogelijk zijn. Voorbeelden hiervan zijn de bodemregeling en de vergunningenregeling van de UAV-GC. Bij geïntegreerde contractvormen speelt de problematiek dat bij opdrachtverstrekking voor zowel ontwerp als uitvoering veel zaken nog ingevuld of aangevraagd moeten worden. Zo is het door de aannemer (opdrachtnemer in de UAV-GC) te vervaardigen ontwerp van invloed op de benodigde capaciteiten van de bodem. Een contractuele regeling die de risico's voor de bodemgesteldheid (vrijwel) volledig bij de aannemer legt is daarmee niet op voorhand onevenwichtig te noemen. De rechtvaardiging daarvoor kan immers liggen in de onbekendheid van de aanbesteder met het nog te vervaardigen ontwerp. Tegelijkertijd is deze rechtvaardiging vaak niet dekkend. Waar de aannemer immers met zijn ontwerp een grote stempel op het te realiseren project kan drukken, de bodem wordt hem doorgaans door de opdrachtgever ter beschikking gesteld en is zoals die is. Op de bodemregeling van de UAV-GC is dan ook door meerdere schrijvers kritiek geuit.² Voor de vergunningenregeling geldt een soortgelijke problematiek. Opzetvergunningen, oftewel die vergunningen die noodzakelijk voortvloeien uit de project zelf (zoals de bouwvergunning (Omgevingsvergunning Bouwen)), vloeien rechtstreeks voort uit het initiatief van de opdrachtgever om zich ter plekke een project te wensen. Toch laat de UAV-GC opdrachtgevers alle vrijheid om de aannemer in vergaande mate verantwoordelijk te maken voor de verkrijging van dergelijke vergunningen. Dat die vrijheid door aanbesteders ook wordt genomen blijkt bijvoorbeeld uit de 'Model Vraagspecificatie Proces' van Rijkswaterstaat.³ Ten aanzien van vergunningen wordt daarin bepaald dat de opdrachtnemer – in afwijking op de UAV-GC – een resultaatsverplichting heeft ten aanzien van de vergunningen die nodig zijn voor de opzet of het gebruik van het werk. Weliswaar is voor de opdrachtnemer nog wel een mogelijkheid opgenomen zich te disculperen voor het eventueel niet halen van deze resultaatsverplichting maar de

hoofdregel is zonder meer duidelijk en in strijd met de intenties van de schrijvers van de UAV-GC.

Zoals in de inleiding gesteld, is het de vraag of dit een wenselijke ontwikkeling is. Mijs inziens is dat niet het geval, waarbij ik meen dat dat gelijkelijk geldt voor inschrijvers en aanbesteders. Inschrijvers worden gedwongen risico's te nemen die zij niet noodzakelijkerwijze kunnen beheersen of zelfs maar kunnen overzien.

Daar waar niet inschrijven op aanbestede opdrachten voor veel inschrijvers economisch ondenkbaar is, is dit voor inschrijvers soms een vorm van Russische roulette.⁴ Voor aanbesteders is het echter ook geen wenselijke situatie. In een inmiddels weer aantrekkende economie is de kans groot

dat onevenredige risicoverdelingen in overeenkomsten door inschrijvers vertaald zullen worden naar risicopremies die worden opgenomen in de aanneemsommen. Even groot is echter de kans dat dat niet gebeurt, hetgeen feitelijk inhoudt dat de aannemer die het project daadwerkelijk aanneemt geen voorziening heeft opgenomen in zijn aanneemsom en daarmee tekort zal komen aan de uitvoering van het werk. Dat kan tot allerlei problemen voor de goede en geplande uitvoering van het werk leiden voor zowel de aannemer als de opdrachtgever. De winst die de aanbesteder bij aanbesteding meende te kunnen inboeken in prijs of in tijd kan daarmee tijdens het werk omslaan in meerkosten wegens tekortko-

mingen van de aannemer of in meerkosten wegens langlopende geschillen.

Terugkerend op de inleiding van deze bijdrage zou ik menen dat aanbesteders ook in de eenzijdige situatie van aanbestede contracten goed op de redelijkheid van de door hen te stellen voorwaarden moeten letten. Niet omdat het kan maar omdat het moet!

-
1. Zie bijvoorbeeld Advies 307 d.d. 13 oktober 2016 en Advies 228 d.d. 4 juni 2015.
 2. Zie bijvoorbeeld R.G.T. Bleeker in *TBR* 2014/114.
 3. 'Model Vraagspecificatie Proces D&C', 1 juni 2017.
 4. De veelbesproken uitvoering van het MaVa-project is daar een voorbeeld van.