

Naar evenwichtige voorwaarden bij het contracteren van infrastructurele projecten in Nederland

Mr. D.C. Orobio de Castro

1. Inleiding

Met enig regelmaat lijden bouwbedrijven omvangrijke verliezen bij de uitvoering van infrastructurele projecten in Nederland. Soms zijn die verliezen zelfs zodanig, dat zij het voortbestaan van de betrokken onderneming(en) in gevaar brengen. Dat is ernstig. De desbetreffende bouwbedrijven bieden werkgelegenheid aan vele duizenden mensen. Nederland heeft haar bouwbedrijven hard nodig om te voldoen aan de vraag naar nieuwe woningen, om de steeds toenemende mobiliteit te accommoderen en om problemen rond klimaatverandering het hoofd te kunnen bieden. Om maar een paar voorbeelden te noemen.

Hoe komt het, dat infrastructurele projecten in Nederland zulke omvangrijke verliezen kunnen opleveren? Die vraag is niet gemakkelijk te beantwoorden. Rob Bleeker zoekt het antwoord - kort gezegd - met name in de verantwoordelijkheid voor het ontwerp die bij design en construct contracten aan de aannemer wordt toebedeeld.¹

De ontwerpverantwoordelijkheid van de aannemer is in bepaalde gevallen ongetwijfeld de oorzaak van verliezen. Echter, in verschillende projecten zijn sterk verschillende oorzaken voor verliezen aan te wijzen. Oorzaken kunnen verband houden met het ontwerp, maar evenzeer met de uitvoering. Dan zijn het weer de kabels en leidingen, dan is het weer de opstelling van de stakeholders en dan weer het uitvoeringsontwerp of een falende onderaannemer. Het lijkt wel onderdeel van het probleem, dat er zo'n diverse reeks aan oorzaken voor de verliezen aan te wijzen valt. Dat houdt ongetwijfeld verband met de kwetsbaarheid van het bouwproces. Er hoeft maar ergens in het bouwproces iets mis te gaan en vertraging, meerkosten en inefficiëntie verspreiden zich als een waaier door het project.

Juist omdat er zo'n veelheid aan gebeurtenissen is die de opdrachtnemer van een bouwproject kan treffen, is er behoefte aan evenwichtige contractvoorwaarden, die in extreme omstandigheden de contractspartijen - zowel opdrachtgevers als opdrachtnemers - een zekere mate van bescherming bieden. Soms ook behoeft de ene contractspartij bescherming tegen de andere. Het is onprettig maar waar; er zijn voorbeelden van infrastructurele projecten waar de ene contractspartij zich apert onredelijk opstelde tegenover de ander.

In dit artikel worden enkele suggesties gedaan die bouwcontracten in Nederland, en in het bijzonder design- en construct contracten, meer evenwichtig kunnen maken. Al direct wordt daarbij aangetekend dat het eerste gedachten betreft - grotendeels ontleend aan ervaringen in de praktijk.

1 R. Bleeker, 'Einde integrale contracten of verrekening van grote tegenvallers', *Cobouw* 15 januari 2010.

Een bouwcontract kan niet los gezien worden van de aanbesteding ervan. Vandaar dat wordt begonnen met een kwestie die in het bijzonder in de aanbestedingsfase relevant is: de beschikbaarheid van- en de verantwoordelijkheid voor informatie. Vervolgens wordt een mogelijke 'brug' tussen aanbesteding en contract besproken: de herijkingsfase. Tot slot wordt een enkele contractsbepaling besproken die evenwicht kan terugbrengen in de verhoudingen tussen opdrachtgevers en opdrachtnemers.

2. De beschikbaarheid van- en de verantwoordelijkheid voor informatie

2.1 Introductie

Het komt regelmatig voor dat opdrachtgevers tijdens de aanbesteding onvoldoende informatie verstrekken.² Dit terwijl de potentiële opdrachtnemers hun inschrijving voor een belangrijk deel op de informatie van de opdrachtgever moeten baseren. Het kan bijvoorbeeld informatie betreffen over niet-gesprongen explosieven, verontreinigingen, archeologie, de geotechnische toestand van de bodem of de conditie van bestaande objecten. Ook valt bijvoorbeeld te denken aan informatie over de wijze waarop een vergunningverlenende instantie zich opstelt. Daarbij moet bedacht worden dat inschrijvers, anders dan met hulp van de aanbesteder, vaak niet de benodigde informatie kunnen verkrijgen. Zo zal een inschrijver bijvoorbeeld vóór gunning veelal geen destructief onderzoek mogen doen. Ook zijn de termijnen die bij aanbestedingen worden gehanteerd vaak te kort om daarbinnen het noodzakelijke onderzoek te doen.

Het is goed verdedigbaar dat aanbesteders al bij de huidige stand van het recht gehouden zijn om zodanige informatie te verstrekken dat inschrijvers een verantwoorde inschrijving kunnen doen. Dat houdt verband met ondermeer het Nederlandsrechtelijke uitgangspunt dat voor een goede wilsvorming in de aanloop naar een contract, de contractspartijen over voldoende informatie dienen te beschikken. Ook jurisprudentie en literatuur over mededelingsplichten wijzen in deze richting.³

Echter, deze verplichting tot het verstekken van informatie is in de regelgeving over aanbestedingen (denk ook aan aanbestedingsreglementen) niet ondubbelzinnig vastgelegd. Ook de overeenkomsten die veelal bij infrastructurele projecten worden gehanteerd verbinden geen ondubbelzinnige consequenties aan de situatie waarin een opdrachtgever zijn verplichting tot het verstrekken van informatie in de aanbestedingsfase niet blijkt te hebben nageleefd. Zou dit wel worden geregeld, dan zou dat een aanzienlijk evenwichtiger verdeling van risico's tussen opdrachtnemers en opdrachtgevers opleveren. Opdrachtgevers moeten die informatie dan natuurlijk ook op een ordelijke en toegankelijke wijze ter beschikking stellen. Dat laatste zou in ons digitale tijdperk niet meer problematisch moeten zijn.

2 Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6188, ro. 5.12; Hof Amsterdam 10 september 2013 ECLI:NL:GHAMS:2013:2858, ro. 3.7-3.8 (UAV-GC); RvA 14 november 2012, No. 33.214; RvA 21 augustus 2007, No. 27.733; RvA voor de Bouw, No. 24.516, 02-10-2003, ro. 8.1-9.2.

3 Zie vooral ook: E. v Dam, I. de Groot en D. Orobio de Castro, 'De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten 2005, tijd voor een herziening?', *TBR* 2016/4, p. 1-15 en de daar genoemde jurisprudentie en literatuur.

De informatie die het betreft kan onderverdeeld worden in de volgende categorieën:

- informatie waarover de opdrachtgever beschikt;
- informatie waarover de opdrachtgever niet beschikt maar redelijkerwijs wel kan komen te beschikken; en
- informatie waarover de opdrachtgever niet beschikt en redelijkerwijs niet kan komen te beschikken.

2.2 Informatie waarover de opdrachtgever beschikt

Op de opdrachtgever rust in de precontractuele fase een mededelingsplicht.⁴ Voor aanbestedingen betekent dit - kort gezegd - dat de opdrachtgever al hetgeen hij weet, en dat relevant is voor het doen van een verantwoorde inschrijving, aan de inschrijvers bekend moet maken. In deze categorie valt ook informatie die de opdrachtgever behoort te kennen, bijvoorbeeld omdat hij de wettelijke plicht heeft om die informatie bij te houden in een register. Informatie die reeds in het publieke domein beschikbaar is zal in de regel niet door de opdrachtgever ter beschikking gesteld behoeven te worden. Echter, de omstandigheden kunnen met zich brengen dat voor bepaalde, publiekelijk bekende, informatie aandacht moet worden gevraagd, bijvoorbeeld omdat die informatie verband houdt met project-specifieke risico's.

Het toepasselijke aanbestedingsreglement én de overeenkomst die uit de aanbesteding voortvloeit zouden de consequenties moeten regelen als de opdrachtgever deze verplichtingen niet nakomt. Immers, in veel gevallen zal pas gaande de uitvoering van de overeenkomst blijken of opdrachtgever zijn verplichtingen ter zake na kwam en wat de consequenties van niet-nakoming zijn.

Het spreekt vanzelf dat een opdrachtgever zijn aansprakelijkheid voor de juistheid van door hem verstrekte informatie in dit scenario niet mag disculperen; dat zou de achterliggende gedachte geheel te niet doen.

2.3 Informatie waarover de opdrachtgever niet beschikt maar redelijkerwijs wel kan komen te beschikken

Er is een veelheid aan gevallen waarin de inschrijver voor het doen van een verantwoorde inschrijving bepaalde informatie nodig heeft die niet beschikbaar is en waarover ook de opdrachtgever niet beschikt. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat de opdrachtgever (nog) geen onderzoek heeft laten uitvoeren naar bodemgesteldheid, of bijvoorbeeld het geval dat informatie over te renoveren kunstwerken bij de opdrachtgever niet (meer) voorhanden is.

Vaak zal de opdrachtgever bij de voorbereiding van de aanbesteding alsnog de nodige informatie kunnen laten verzamelen, onder meer door het (laten) uitvoeren van onderzoeken. Daartoe zou de opdrachtgever ook verplicht moeten worden. De verplichting kan zich beperken tot informatie die 'redelijkerwijs' door de opdrachtgever moet kunnen worden verkregen, dat wil zeggen tegen kosten en inspanningen die in een redelijke verhouding staan tot de risico's die ontstaan bij het ontbreken van die informatie. Natuurlijk is het niet altijd eenvoudig om die risico's op voorhand in te schatten. Echter, in bijvoorbeeld een gebied waar in de 2^e

4 Zie hierover ondermeer: E. van Dam, I. de Groot en D.C. Orobio de Castro, 'De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten 2005, tijd voor een herziening?' (en de in dat artikel genoemde literatuur en jurisprudentie), *TBR* 2016/4; C.E.C. Jansen, 'Totstandkoming en inhoud van design & construct-contracten voor complexe infrastructurele projecten', *VBR* preadvies nr. 29, Deventer: Kluwer 2001, p. 29.; G.J. Huith en M.R. van Rijckevorsel, 'Informatieverstrekking, de achilleshiel van de UAV-GC 2005', *TBR* 2016/52. Zie ook voetnoot 3.

Wereldoorlog zwaar werd gebombardeerd ligt een onderzoek naar niet-gesprongen explosieven voor de hand. Bij werkzaamheden nabij een dijk of pompstation zal het standpunt van het Waterschap ten aanzien van de werkzaamheden in de regel relevant zijn enz.

Ook hier geldt dat een opdrachtgever zijn aansprakelijkheid niet zal mogen disculperen.

2.4 Informatie waarover de opdrachtgever redelijkerwijs niet kan komen te beschikken

Naast informatie die de opdrachtgever heeft of kan verkrijgen, kan er informatie ontbreken die wél nodig is om een verantwoorde inschrijving te doen, maar die noch opdrachtnemer noch opdrachtgever redelijkerwijs kan verkrijgen.

In deze gevallen zou de opdrachtgever een assumptie moeten voorschrijven in de aanbestedingstukken. Inschrijvers kunnen hun inschrijving dan op deze assumptie baseren. Als de assumptie na gunning niet juist blijkt te zijn, dan is dat voor rekening en risico van de opdrachtgever. In theorie zou de aannemer het risico dat de assumptie niet juist blijkt te zijn kunnen overnemen en op voorhand in zijn prijs verdisconteren. De realiteit is echter dat het risico zich - juist door het gebrek aan informatie - niet goed laat inschatten. Een dergelijke 'gok' staat dan aan het doen van een verantwoorde inschrijving in de weg. Bij inschrijving in concurrentie - zo leert de praktijk - worden deze risico's door inschrijvers bovendien te laag geprijsd om toch maar de meest concurrerende inschrijving te kunnen doen.

In uitzonderlijke gevallen is denkbaar dat de inschrijvers - vanwege hun expertise op een bepaald terrein - worden uitgenodigd om zélf terzake een assumptie in hun inschrijving op te nemen. Als de assumptie na gunning niet juist blijkt te zijn, dan zouden opdrachtgever en opdrachtnemer de consequenties daarvan kunnen delen (bijvoorbeeld volgens het alliantieprincipe).

3. De herijkingsfase

In de geest van de Marktvisie wordt bij verschillende projecten geëxperimenteerd met een 'herijkingsfase'.⁵ Er zijn ook andere benamingen voor ongeveer hetzelfde proces in omloop ('convergentiefase' of 'transitiefase' bijvoorbeeld). Gemakshalve wordt hier gesproken van 'herijkingsfase'. Het grote idee is steeds hetzelfde: na gunning volgt een bepaalde periode (de 'herijkingsfase') waarin de opdrachtnemer nader onderzoek doet en ontwerpwerkzaamheden verricht. Het onderzoek kan bijvoorbeeld door de opdrachtgever verstrekte informatie betreffen, of de juistheid van aannames die aan de inschrijving ten grondslag werden gelegd (zie ook hierboven, 2.4). De herijkingsfase kan bijvoorbeeld ook worden benut om - in dialoog met de opdrachtgever - een beter begrip te krijgen van de vraagspecificatie of van een referentieontwerp. Ook is denkbaar dat de uitkomst van planologische procedures noopt tot aanpassing van eisen of scope. Het maken van een ontwerp (bijv tot VO niveau) dwingt partijen er toe om de invulling van de vraagspecificatie, met bijbehorende risico's, kosten en bouwtijd, nader te overwegen.

5 Overigens werden in een verder verleden wel vergelijkbare ideeën gelanceerd (maar voor zover de auteur bekend niet toegepast), zie bijvoorbeeld C.E.C. Jansen en A.M.J. Vos, *Totstandkoming en inhoud van design & constructiecontracten voor complexe infrastructurele projecten*, Deventer: Deventer 2001, p. 41-49 en daarover G.W. van der Bend, 'Ritsen vanaf hier. Op de autoweg een advies dat navolging verdient. Bij tracéwetprocedures en aanbestedingsprocedures een advies dat nadere overdenking behoeft.', *BR* 2003, p. 18-23.

Wijken de uitkomsten van dit proces (te zeer) af van de aannames die ten grondslag lagen aan inschrijving dan kan dit leiden tot aanpassing van de aanneemsom of bouwtijd (en eventueel aanpassing van de aannemingsovereenkomst op andere onderdelen - denk aan risicoverdeling). In een uiterste geval kan de opdrachtgever (soms) de overeenkomst beëindigen - bijvoorbeeld omdat de kosten van het project (veel) hoger blijken dan bij gunning voorzien. Ook kan worden voorzien in bepaalde opties die de opdrachtgever aan het slot van de herijkingsfase kan uitoefenen; bijvoorbeeld de optie om de scope van het project te verkleinen bij tegenvallende kosten.

De herijkingsfase kan de opdrachtnemer beschermen tegen ondermeer de gevolgen van onjuiste inschattingen die ten grondslag werden gelegd aan de inschrijving. Maar ook de opdrachtgever kan bescherming ontlenen aan herijkingsfase; denk aan de situatie dat de opdrachtgever onjuiste of incomplete informatie verschaftte bij inschrijving: als dit in de herijkingsfase nader wordt onderzocht en leidt tot bijstelling van de overeenkomst zullen de consequenties in de regel veel minder ingrijpend zijn dan wanneer de fout gaande de uitvoering van het werk wordt ontdekt. Dat geldt ook de gevolgen van planologische wijzigingen, additionele eisen van stakeholders etc. Al met al heeft de opdrachtgever aan het slot van de herijkingsfase een veel beter zicht op tijd, kosten en risico's dan bij gunning en kan hij dus een (meer) verantwoorde beslissing nemen om het project al dan niet in uitvoering te (laten) nemen.

In de regel zal een herijkingsfase alleen kunnen plaatsvinden als de aanbestedingsdocumenten en de aannemingsovereenkomst daarin voorzien. In die documenten kan ook de scope van de herijkingsfase (wat willen partijen nader onderzoeken, welke ontwerpverplichtingen heeft de opdrachtnemer) worden geregeld, en de gang van zaken aan het slot van de herijkingsfase (bijvoorbeeld de mogelijkheid voor de opdrachtgever om de scope van het project te verkleinen). In het regelen van de gang van zaken aan het slot van de herijkingsfase zit 'm de kunst: zo zou tot op zekere hoogte geregeld moeten worden in welke gevallen tot bijstelling kan worden gekomen van aanneemsom, bouwtijd of risicoverdeling - en hoe. Ook de voorwaarden waaronder partijen aan het slot van de herijkingsfase eventueel tot beëindiging zouden kunnen overgaan behoeven aandacht. De, in dat geval, over en weer te betalen vergoedingen zouden van die voorwaarden deel moeten uitmaken. Dat vereist - uiteindelijk - doordachte en doorwrochte contractteksten.

De Nederlandse markt voor infrastructurele projecten zou direct profijt hebben van model aanbestedingsdocumenten en een aannemingsovereenkomst die in het concept van een herijkingsfase voorzien. Het concept lijkt ook voor DBFM(O) projecten goed toepasbaar.⁶ Zo is denkbaar dat de uitkomsten van de herijkingsfase leiden tot een 'Wijziging Opdrachtgever'. Het ligt voor de hand dat 'financial close' eerst kort na een positief herijkingsbesluit zou moeten worden bereikt.

6 In de roep om evenwichtige contractvoorwaarden dreigt de DBFM(O) overeenkomst in NL als kind met het badwater te worden weggespoeld. Dat is jammer. DBFM(O) overeenkomsten hebben een aantal belangrijke voordelen, waaronder niet in de laatste plaats de 'life cycle benadering' - de balans tussen ontwerp- bouw- en onderhoudskosten over de levensduur van het project. Ook het belang van de financiers bij het welslagen van het project kan een belangrijke waarborg zijn voor - met name - opdrachtgevers. Men vergeet - in de actuele discussies over deze contractvorm - vaak dat juist bij deze contracten de risicoverdeling zich relatief gemakkelijk laat aanpassen, namelijk door de lijsten met 'Gevallen van Uitstel' en 'Gevallen van Vergoeding' eenvoudig uit te breiden. Dat gaat heel wat makkelijker dan het herschrijven van de UAV-GC of het introduceren van nieuwe contractvormen. Interessant is bijvoorbeeld ook de wijze waarop een aantal Staten in de VS de risicoverdeling ten gunste van de markt aanpaste: door simpelweg een aandeel te nemen in de SPV.

4. Beperking van de aansprakelijkheid

Van vliegtuigproducent tot accountant en van ingenieur tot speelgoedhandelaar; allen beperken zij hun aansprakelijkheid. Ook in de internationale bouwpraktijk is het zondermeer gebruikelijk dat aannemers hun aansprakelijkheid beperken. De reden is simpel: de maximale aansprakelijkheid die men onder een contract kan 'oplopen' moet in redelijke verhouding staan tot de winst die met dat contract kan worden gegenereerd.

In de Nederlandse markt is het nog niet gebruikelijk dat aannemers hun aansprakelijkheid onder een aanneemovereenkomst beperken. Zo kennen bijvoorbeeld de UAV-GC 2005 een dergelijke beperking van aansprakelijkheid niet. Weliswaar beperken de UAV-GC 2005 de aansprakelijkheid voor gebreken in het werk na oplevering, maar dat is maar één mogelijke grond voor aansprakelijkheid.⁷ En zo kan het gebeuren dat de aansprakelijkheid onder één bouwcontract, mogelijk een contract met een relatief beperkte waarde, het voortbestaan van een bouwbedrijf in gevaar kan brengen. Dat is geen theoretische zorg, maar iets dat zich de afgelopen jaren daadwerkelijk een aantal malen heeft voorgedaan in de Nederlandse bouwsector.

Wat hier nu aan te doen? Het antwoord is eenvoudig: een beperking van de aansprakelijkheid van de aannemer (een 'cap') opnemen in de overeenkomsten die in de bouwsector veel gehanteerd worden. Die cap kan een percentage zijn van de aanneemsom. Schade die wordt vergoed door de verzekering kan van de cap worden uitgesloten. Immers, dat betreft geen schade die door het bouwbedrijf zélf gedragen behoeft te worden en is daarom voor de beperking van de aansprakelijkheid minder relevant.

Clausules die aansprakelijkheid bijvoorbeeld beperken tot 'directe schade' of die aansprakelijkheid voor 'gevolgschade' of 'gederfde winst' uitsluiten leiden uiteindelijk niet tot het gewenste resultaat, te weten helderheid over de maximale aansprakelijkheid van het bouwbedrijf onder de overeenkomst. Wel nuttig (en nodig) is een vrijwaring van de aannemer door de opdrachtgever voor aansprakelijkheid jegens derden, voor zover die aansprakelijkheid bepaalde bedragen (te bepalen als percentage van de aanneemsom) te boven gaat. Voor zover de desbetreffende schade wordt vergoed door de verzekering behoeft deze - opnieuw en om dezelfde reden als hierboven - niet onder de vrijwaring te vallen.

Zijn wij er dan? Ja en nee. Juistbedoelde cap en vrijwaring zullen duidelijkheid scheppen over de maximale aansprakelijkheid van de aannemer. Bijvoorbeeld de beslissing van het bestuur van een bouwbedrijf om al dan niet op een bepaalde aanbesteding in te schrijven wordt vergemakkelijkt als die maximale aansprakelijkheid op voorhand bekend is. Het risico van claims, die tientallen procenten van de contractwaarde belopen en onevenredige impact op de onderneming kunnen hebben, behoort daarmee tot het verleden.

Echter, de recente geschiedenis laat zien dat ook het *verlies* op een infrastructureel project van een zodanige omvang kan zijn dat dit het voortbestaan van het bouwbedrijf in gevaar kan brengen. De beperking van de aansprakelijkheid als hierboven bedoeld kan dan onvoldoende soelaas bieden: veelal zijn gaande de uitvoering van de overeenkomst de verliezen al zodanig opgelopen dat stoppen 'geen zin meer heeft' - zelfs niet als de aansprakelijkheid in verband met dat 'stoppen' is beperkt.

7 Zie vooral ook: E. v Dam, en E. Verweij, 'Proportionele beperking van aansprakelijkheid in de herziene UAV-GC', TVA 2018/3, p. 15-20 en de daar genoemde literatuur en jurisprudentie.

De eerder hierboven voorgestelde oplossingen (informatieverstrekking tijdens de aanbesteding, herijkingfase, beperking van aansprakelijkheid) kunnen het risico van extreme verliezen op een project beperken. Echter, het lijkt niet meer dan fair dat, als degelijke verliezen zich desalniettemin voordoen, deze tenminste gedeeltelijk door opdrachtgever gedragen worden of de aannemer het recht krijgt om de overeenkomst op te zeggen. Dit alles voor zover aannemer de verliezen redelijkerwijze niet had kunnen beperken - bijvoorbeeld door meer efficiënt te werken. Waarom is dit fair? Ondernemers zullen wijzen op het economische principe dat risico's en potentiële verliezen in redelijke verhouding moeten staan tot de opbrengstpotentie van een contract. Daar waar verliezen veel groter zijn dan de - toch veelal bescheiden - marges die de aannemer kan realiseren wordt dit principe geweld aangedaan. Ook in de rechtspraak vond het principe, dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen beloning en aansprakelijkheidsrisico, ingang.⁸

5. Opschortingsrecht van de aannemer

Over (on)evenwichtige contractsbepalingen is veel te zeggen. In elk geval mag bespreking van het opschortingsrecht van de aannemer niet ontbreken.

De hoofdaannemer is tot op aanzienlijke hoogte slechts een 'doorgeefluik' van gelden die hij van de opdrachtgever ontvangt en doorbetaalt aan onderaannemers en leveranciers. Daar waar de opdrachtgever hetgeen verschuldigd is aan de hoofdaannemer (of dat nu termijnen zijn van de aanneemsom, vergoedingen voor meerwerk of anderszins) niet betaalt, zal de hoofdaannemer vorderingen van onderaannemers en leveranciers al snel niet meer kunnen voldoen en lopen de liquiditeitstekorten bij de hoofdaannemer snel op.

Al om die reden is het van groot belang dat de aannemer jegens de opdrachtgever het recht heeft de werkzaamheden op te schorten als betaling uitblijft. Toch zien wij in de Nederlandse markt regelmatig dat het opschortingsrecht van de aannemer wordt beperkt of zelfs uitgesloten. Ook bijvoorbeeld de UAV-GC 2005 beperken het opschortingsrecht van de aannemer door in par. 42 lid 3 te bepalen dat de aannemer geen opschortingsrecht heeft als diens vordering betrekking heeft op een bedrag waarover de opdrachtgever een geschil aanhangig heeft gemaakt. Niet goed valt in te zien waarom onder deze omstandigheden het opschortingsrecht van de aannemer op voorhand beperkt zou moeten worden. Ernstiger is nog dat opdrachtgevers met enige regelmaat het opschortingsrecht van de aannemer in de Basisovereenkomst geheel uitsluiten.

Aan deze praktijk zou paal en perk gesteld moeten worden, gelet op het belang van de aannemer bij opschorting. Het uitsluiten of vergaand beperken van het opschortingsrecht is overigens ook in strijd met de voorschriften van de Gids Proportionaliteit (afwijken van wettelijke stelsel ten nadele van de inschrijver, afwijken van paritair opgestelde voorwaarden). In de praktijk ziet men nog wel eens de bepaling dat de aannemer slechts een opschortingsrecht toekomt als het totale bedrag aan onbetaalde facturen een bepaalde drempel overstijgt. Afhankelijk van de hoogte van die drempel kan dit een redelijke oplossing zijn die voorkomt dat een aannemer om ieder 'wissewasje' het werk zou kunnen neerleggen.

8 Zie HR 5 januari 1968, ECLI:NL:PHR:1968:AB6963, m.nt. G.J. Scholten (Zentveld/Assicurazioni, Fokker/Zentveld, Vliegtuigvleugel) en bijvoorbeeld conclusie A-G mr. Verkade bij HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6913 (Kuunders/Swinkels) en de daar genoemde rechtspraak. Zie ook Hof Den Haag 21 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3239, r.o. 6 en 7.

6. Geschillenbeslechting

Voorts moet hier de lans gebroken worden voor snelle geschillenbeslechting. Geschillen die gaande een bouwproject ontstaan, kunnen veel niet 'blijven liggen' tot het einde van het project of zelfs daarna. Het zal veelal gaan om discussies over de vraag of meerkosten aan de aannemer moet worden vergoed, of bouwtijdverlenging moet worden verleend of een ontwerp moet worden geaccepteerd enz. Dergelijke vragen moeten snel beantwoord worden om te voorkomen dat zij het verdere verloop van het bouwproject negatief beïnvloeden. Onduidelijkheid kan gemakkelijk leiden tot vertraging, efficiency en polarisatie tussen opdrachtgever en aannemer, hetgeen een project zelden of nooit en goede zal komen.

De UAV-GC 2005 voorzien in de mogelijkheid van beslechting van geschillen door een raad van deskundigen, maar deze raad wordt regelmatig niet benoemd. Bovendien zijn de bevoegdheden van de raad van deskundigen beperkt onder de UAV-GC 2005. De raad van deskundigen zou bijvoorbeeld ook bevoegd moeten zijn om tijd- en kostenconsequenties van een wijziging bindend vast te stellen en om bijvoorbeeld te bepalen dat een opdrachtgever een ontwerp (of ander document) mag weigeren of juist moet accepteren. Benoeming van zo'n snelle geschillen beslechter zou standaard praktijk moeten zijn in meer omvangrijke bouwprojecten. Het Rijksbrede DBFM(O) model bevat in dit verband een prima regeling. Om te zorgen dat een snelle beslechting van een geschil het gewenste effect sorteert dient onder meer te worden bepaald dat de beslissing van de raad van deskundigen (of andere bindend adviseurs) beide partijen bindt tot dat een rechter eventueel anders beslist.

7. Alternatieve contractvormen

Hierboven zijn een paar praktische suggesties gedaan die de aanbesteding van de meest gebruikte contracten bij infrastructurele projecten zouden kunnen verbeteren. Die suggesties zijn allereerst goed en snel toepasbaar bij aanbesteding van design en construct contracten (zoals de UAV-GC) en DBFM(O) overeenkomsten - heden ten dage het meeste gebruikt bij infrastructurele projecten in Nederland. Bespreking van andere contractvormen, zoals het bouwteam of de alliantie, gaat het kader van dit artikel te buiten. Met het buiten bespreking laten van deze contractvormen is geenszins bedoeld de potentie van nieuwe contractvormen te onderschatten. Het is heel wel denkbaar dat Nederland haar infrastructurele projecten in de toekomst onder een (radicaal) ander regime zal aanbesteden dan in de afgelopen decennia.

8. Slot

Dit artikel beoogt een bescheiden bijdrage te leveren aan meer evenwichtige voorwaarden bij de aanbesteding van infrastructurele projecten in Nederland. De ervaringen uit de afgelopen jaren laten zien dat daaraan behoefte is. De tijd is rijp voor herbezinning. In het kader van de Marktvisie hebben grote opdrachtgevers al laten zien daadwerkelijk bereid te zijn om mee te denken over de wijze waarop infrastructurele projecten in Nederland beter kunnen worden gecontracteerd. Ook de brief van de minister aan de Tweede Kamer d.d. 11 juni 2019⁹ biedt aanknopingspunten. De wil is er. Nu is het een kwestie van creativiteit en durf om nieuwe wegen in te slaan.

9 Brief van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat d.d. 11 juni 2019, kenmerk RWS-2019/21158.

Over de auteur



David Orobio de Castro is werkzaam bij Stibbe N.V. te Amsterdam. Hij is als advocaat van aannemers en financiers betrokken bij veel omvangrijke infrastructurele projecten in Nederland.