

Onderzoeksproject IBR/VU: juridisch-administratieve kaders ten behoeve van de aanbestedings- en contractfase

Deelproject: aanbesteden en contracteren met uitgestelde prijsbepaling voor de uitvoeringsfase

Startnotitie ten behoeve van de leden van de klankbordgroep

1. Aanleiding voor het project

De afgelopen decennia hebben we een ontwikkeling kunnen waarnemen waarbij de uitvoerend aannemer steeds vaker bij het ontwerpproces wordt betrokken. Inherent aan die ontwikkeling is de uitbreiding van het takenpakket van de aannemer. Hij vervult niet langer enkel en alleen de rol van klassiek uitvoerder van het ontwerp van de adviseur, maar draagt ook zelf ontwerpadviezen aan (bouwteam) of verricht geheel zelfstandig ontwerptaken (geïntegreerde bouworganisatievormen). Deze ontwikkeling heeft de bouw veel goeds gebracht, maar er is ook reden tot zorg.

Bij de toepassing van bouworganisatievormen zoals hiervoor bedoeld contracteren de opdrachtgever en de aannemer reeds in een vroeg stadium op basis van een in beginsel vaste prijs. Zij doen dat op een moment waarop veel nog onzeker is: het ontwerp bevindt zich op dat moment immers vaak nog in het stadium van een functioneel programma van eisen of dat van een voorlopig ontwerp. Partijen lopen daarmee het risico dat de hiervoor bedoelde onzekerheden zich tijdens de uitvoering van het contract als onaangename verrassingen manifesteren. De gevolgen van deze tegenvallers moeten vervolgens worden opgevangen om het project alsnog tot een goed einde te brengen. Omdat beide partijen de daarmee gemoeide meerkosten en vertraging niet graag voor eigen rekening zullen willen nemen, bestaat bovendien het risico dat zich geschillen voordoen: met de contractuele risicoregeling in de hand, proberen beide partijen de verantwoordelijkheid voor de gevolgen van de risicoverwezenlijking op elkaar af te wentelen.

Nadenken over het verbeteren van contractuele risicoregelingen is uiteraard nuttig (*Marktvisie 2016; herziening UAV-GC 2005*). Tegelijkertijd dient ook goed te worden nagedacht over mogelijkheden om (de gevolgen van) de hiervoor geschetste risicoverwezenlijking op voorhand te beheersen. Daarmee zouden partijen immers niet behoeven terug te vallen op de (conflicteuze) toepassing achteraf van contractuele risicoregelingen.

Één van die mogelijkheden is dat de prijsbepaling voor de uitvoeringsfase wordt uitgesteld tot het moment waarop het ontwerp zodanig is uitgewerkt dat die prijs met een voldoende mate van zekerheid kan worden bepaald (*Rijkswaterstaat, Toekomstige Bouwopgave 2019*). Recent onderzoek (*Chao-Duivis 2019; Jansen 2021*) laat zien dat de behoefte aan deze mogelijkheid niet nieuw is (*De Ridder 1999; Van den Berg 1997; Janssen 2000; Jansen 2001*). Zij doet zich bovendien gevoelen bij die inrichtingen van het bouwproces die als gemeenschappelijk kenmerk hebben dat de aannemer bijdraagt aan de totstandkoming van het ontwerp: hetzij als adviseur, hetzij als (mee)ontwerpde aannemer (*Jansen 2021; Bleeker 2021; Huith 2021; Chao 2021*). Het onderzoek laat verder zien dat de hier bedoelde mogelijkheid van uitgestelde prijsbepaling –gegeven die verschillende procesinrichtingen –op verschillende manieren kan worden geoperationaliseerd. Wat het onderzoek tot slot laat zien, is dat al die manieren kunnen worden geïmplementeerd vanuit het perspectief van het aanbestedingsrecht (*Jansen 2021*).

De huidige stand van zaken is dat in de praktijk op diverse manieren wordt geprobeerd om de hiervoor geschetste mogelijkheid van uitgestelde prijsbepaling voor de uitvoeringsfase te operationaliseren teneinde de onzekerheden, die inherent zijn aan vroege contractering in het bouwproces en de daarmee gepaard gaande risico's, beter te beheersen.

2. Doel van het project

Dit deelproject is onderdeel van het meeromvattende IBR/VU-onderzoeksproject *Juridisch-administratieve kaders ten behoeve van de aanbestedings- en contractfase*.

Het doel van dit deelproject is bij te dragen aan het ontwikkelen van één uniform juridisch-administratief kader dat uitstel van de prijsbepaling voor de uitvoeringsfase kan faciliteren in die gevallen waarin bouwprocessen zijn gebaseerd op (verschijningsvormen van) het bouwteam en de geïntegreerde bouworganisatievorm. Het te ontwikkelen kader dient doelmatig, rechtmatig, onafhankelijk van de gekozen bouworganisatievorm en praktisch toepasbaar te zijn en bovendien te kunnen rekenen op een breed draagvlak.

Het deelproject wordt mede ondersteund door het programma Beter Aanbesteden. Dit programma is een samenwerking tussen het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, VNG, VNO-NCW/MKB-Nederland en PIANOo. Het programma richt zich op het verbeteren van het inkoopproces en de dialoog en samenwerking tussen overheden en ondernemers.¹

3. Onderzoeksmethode en beoogde eindresultaten

In de eerste plaats zullen op basis van een quick scan van beleidsdocumenten, literatuur en gesprekken met vertegenwoordigers van stakeholders (opdrachtgevers, aannemers, adviseurs) de behoeften worden geïnventariseerd die in de praktijk leven met betrekking tot de mogelijkheid tot gebruikmaking van uitgestelde prijsbepaling. In het verlengde daarvan zal tevens worden nagegaan op welke manieren nu al in de praktijk wordt geprobeerd om die mogelijkheid te operationaliseren en in welke gevallen welke methoden worden toegepast.

Parallel aan het voorgaande zal op basis van Unierechtelijke en nationale aanbestedingsregelgeving, jurisprudentie en eventuele beleidsdocumenten van de Unie- en nationale wetgever worden nagegaan of en in hoeverre de aanbestedingsregelgeving ruimte biedt voor het gebruikmaken van de mogelijkheid van uitgestelde prijsbepaling ten aanzien van de uitvoeringsfase.

Op basis van de uitkomsten van de bovenstaande onderdelen van het onderzoek zullen voorlopige uitspraken kunnen worden gedaan over de door de praktijk gewenste mogelijkheden tot gebruikmaking van uitgestelde prijsbepaling, de bouworganisatorische en juridische vormgeving daarvan en over de aanbestedingsrechtelijke inpassing. Deze voorlopige resultaten worden vervolgens tijdens een expertmeeting breed gedeeld en besproken met de praktijk om tot verdere afbakening, verduidelijking en aanscherping te komen.

De onderzoeksresultaten zullen vervolgens worden uitgewerkt in een praktisch toepasbare en wetenschappelijk getoetste handleiding (werktitel). Deze handleiding wordt voorzien van voorbeeldteksten die in de bestaande juridisch-administratieve kaders kunnen worden geïmplementeerd die de praktijk gewoon is te hanteren bij de inrichting van de aanbestedings- en contractfase. De onderzoeksresultaten die ten grondslag liggen aan de praktische handleiding zullen tevens afzonderlijk in boekvorm worden gepubliceerd.

¹ Zie voor meer informatie: <https://www.pianoo.nl/nl/themas/beter-aanbesteden>.

De ambitie is om met de beoogde handleiding en het boek een gezaghebbende en state of the art standaard te ontwikkelen die andere initiatieven die een vergelijkbare standaard voor ogen hebben als het ware onnodig te maken.

4. Beoogde onderzoekers

Het onderzoek wordt uitgevoerd door en onder verantwoordelijkheid van het Instituut voor Bouwrecht (IBR) in samenwerking met het Centre for Public Contract Law (CPC) van de Vrije Universiteit (VU) Amsterdam. Uitvoerend onderzoekers zijn prof. mr. dr. E.M. (Evelien) Bruggeman (IBR) en prof. mr. C.E.C. (Chris) Jansen (VU) in samenwerking met mr. R.G.T. (Rob) Bleeker (Rozemond advocaten), mr. G.J. (Georg) Huith (Croon advocaten) en mr. J. (Jeanile) Weyne (Pels Rijcken).

De praktische handleiding wordt gepubliceerd onder de naam van de kennisinstellingen (IBR/VU) met vermelding van de namen van alle onderzoekers. Het boek wordt gepubliceerd in een van de reeksen van het IBR, met op de kaft de vermelding van de namen van alle hiervoor genoemde onderzoekers. Zij zijn gezamenlijk auteur van de handleiding en het boek. Noch in handleiding, noch in het boek zullen individuele bijdragen van individuele onderzoekers worden geïdentificeerd.

5. Klankbordgroep

Ten behoeve van het onderzoek zal een klankbordgroep worden ingesteld. Deze klankbordgroep heeft een adviserende rol. De vaststelling van de inhoud van de praktische handleiding en van het boek is uiteindelijk aan de onderzoekers.

De leden van de klankbordgroep zullen allereerst een adviserende rol vervullen in het kader van de in het onderzoek voorziene inventarisatie van behoeften die in de praktijk leven. Ook kunnen zij de onderzoekers informeren over de methoden waarmee in de praktijk wordt geprobeerd de mogelijkheid tot uitgestelde prijsbepaling te operationaliseren en wat de ervaringen met die methoden zijn. Daarnaast zullen de leden van de klankbordgroep om input worden gevraagd naar aanleiding van tussentijdse onderzoeksresultaten. De onderzoekers kunnen op basis daarvan die resultaten verduidelijken en aanscherpen.

Voor deelname aan deze klankbordgroep worden personen uitgenodigd die werkzaam zijn bij belangrijke stakeholders uit de praktijk. De leden van de klankbordgroep nemen weliswaar op persoonlijke titel zitting in de klankbordgroep, maar met de verwachting dat zij de kennis en ervaringen vanuit de eigen organisatie inbrengen in de klankbordgroep en ook overigens ruggespraak plegen binnen de eigen organisatie over het onderzoek en de tussentijdse resultaten daarvan. De leden van de klankbordgroep committeren de eigen organisaties niet aan die resultaten.

De voor deelname aan de klankbordgroep benaderde personen zijn:

Mr. B.C.L. (Bas) van den Berg (ProRail)
Drs. Ing. J. (Hans) Boes (TU Twente)
Mr. M. (Merel) Bruis (RVB)
Mr. A. (Arno) Duijverman (Koninklijke Bouwend Nederland)
Mr. drs. J. (Joost) Fijneman (CROW)
Mr. C. (Caroline) Govaert (RWS)
Ir. J. (Jorrit) Kalt (Ingenieursbureau Gemeente Amsterdam)
Drs. ing. J.G. (Jaap) de Koning (Witteveen+Bos)
Mr. M.A.Th. (Meriam) de Koning (MKB Infra)
Mr. J.S. (Jacobien) Muntz-Beehuis (PIANOo)
Mr. M. (Maarten) Rauws (Provincie Utrecht)

Mr. M. (Marit) Ruigrok (Bouwbedrijf M.J. de Nijs en Zonen)
Ir. E. (Erik) Segers (Dura Vermeer)
Ir. T. (Ton) Swanenberg (Meanderende Maas)
M. (Marlous) Vogels (programma Beter Aanbesteden)
Mr. A.M.J. (Aslan) Vos (VolkerWessels)
Mr. M.C. (Marissa) Willemse (Techniek Nederland)
Mr. B. (Brigitta) van der Woerd (TenneT)

6. Planning en beoogde processtappen op hoofdlijnen

De uitvoering van dit deelproject is gestart in januari 2022 met een eerste bijeenkomst van de beoogde onderzoekers. Tijdens die bijeenkomst is een conceptversie van deze startnotitie besproken, aangevuld en vastgesteld. Een startbespreking met de beoogde leden van de klankbordgroep is voorzien in maart 2022.

Na de startbespreking met de klankbordgroep wordt de eerste fase van het onderzoek uitgevoerd in de maanden maart t/m juni 2022: de inventarisatie en vaststelling van de praktijkbehoeften en van de ervaringen met de methoden die in de praktijk inmiddels al worden verkend en toegepast. In aansluiting daarop omvat deze eerste fase ook een voorlopige juridische toets van de geïnventariseerde behoeften en methoden. De onderzoekers laten zich tijdens deze eerste fase van het onderzoek adviseren door de klankbordgroep.

De resultaten van de eerste fase van het onderzoek worden vertaald in een working paper. Daarin geven de onderzoekers een beschrijving van een of meer procesinrichtingen die naar hun inschatting op een breed draagvlak in de praktijk kunnen rekenen. Dat working paper wordt breed met de praktijk gedeeld en besproken tijdens een expert meeting die is voorzien in de zomer van 2022.

De tweede fase van het onderzoek wordt uitgevoerd in de tweede helft van 2022. Gedurende deze tweede fase ontwikkelen de onderzoekers de praktische handleiding en schrijven zij parallel daaraan het boek waarin de wetenschappelijke onderbouwing van de handleiding wordt opgenomen. De onderzoekers laten zich ook tijdens deze tweede fase van het onderzoek adviseren door de klankbordgroep.

Publicatie van de handleiding en van het boek zijn voorzien in de eerste maanden van 2023.

Evelien Bruggeman (IBR) en Chris Jansen (VU)