

Waarde creëren door veranderende rollen!

Mr. G.J. Huith

1. Inleiding¹

Grote infrastructurele projecten staan deze tijd veel in de belangstelling. Helaas niet steeds op een positieve manier. Aannemers kondigen in de pers aan dat zij willen afzien van aanbestedingen voor megaprojecten.² De projecten die nog wel in uitvoering zijn, kampen met stagnatie of worden geconfronteerd met grote tegenslagen.³ Het debacle met de sluisdeuren van de zeesluis te IJmuiden is daar een recent voorbeeld van.⁴ Het gaat echter niet alleen om de megaprojecten van Rijkswaterstaat die negatief in het nieuws komen. Ook andere, minder grote door de overheid opgedragen werken kampen met uitvoeringsproblemen, met alle geschillen van dien.⁵

Conflicten tussen opdrachtgevers en opdrachtnemers van bouwprojecten voor infrastructuur en utiliteitsbouw komen met grote regelmaat voor. Dit is iets van alle tijden. Toch lijkt momenteel een tendens gaande om ter vermindering van dit soort conflicten meer te variëren in de wijze waarop opdrachtgevers de markt benaderen en partijen met elkaar contracteren. ‘Best value procurement’ en ‘Marktvisie’ zijn als gevleugelde termen ingeburgerd geraakt bij inkopers. Niet alleen bij de Rijksoverheid, maar ook bij decentrale overheden en waterschappen.

Vooralsnog hebben deze nieuwe tendensen niet tot een verbeterde samenwerking met de markt geleid. Dit roept de vraag op: hoe kan die verbetering wel worden bereikt? Waarom zijn de conflicten zo karakteristiek voor de bouwpraktijk?

Al in 2001 zette Monika Chao-Duivis in haar monografie ‘Veranderende rollen’ helder uiteen welke invloed er is op de uitvoering van een project wanneer de actoren hun rollen aanpassen.⁶ Is er sindsdien iets veranderd? Welke lessen kunnen uit de Nederlandse bouwpraktijk worden getrokken voor de contractvormen in de bouw? Welke meerwaarde is er voor deze actoren als zij hun rollen aanpassen?

2. Kenmerken huidige bouwpraktijk

2.1 ‘Conflictmodellen’ in de bouw

De Nederlandse bouwpraktijk wordt gedomineerd door twee categorieën van bouworganisatievormen. Enerzijds de traditionele organisatievorm waarbij de opdrachtgever

1 Met dank aan Birgit Le Haen-de Croon voor haar nuttige bijdrage.

2 *Financieel Dagblad* 24 augustus 2018: ‘BAM laat voor 1 mrd aan projecten links liggen’

3 *Financieel Dagblad* 3 januari 2019: ‘Vijf infradossiers die hun schaduw vooruit werpen’

4 *Cobouw* 6 december 2017: ‘Blinde vlek nekt BAM en VolkerWessels bij Zeesluis IJmuiden’

5 *Cobouw* 22 december 2017: ‘Bouw Spuiforum stigelegd na conflict over meerkosten’; *Cobouw* 4 juli 2018: ‘Bouw Spuiforum 31 miljoen euro duurder, maar conflict wel opgelost’; *Cobouw* 11 april 2019: ‘KWS Infra winnaar in conflict met Den Haag: extra miljoenen op bordje gemeente’

6 M.A.B. Chao-Duivis en A.Z.R. Koning, *Veranderende rollen. Een inleiding in nieuwe contractvormen in het Bouwrecht*, Deventer, Kluwer, 2001.

in samenspraak met de door hem geselecteerde adviseurs ontwerpbeslissingen neemt en de aannemer (in beginsel) op basis van een volledig uitgewerkt bestek uitvoeringswerkzaamheden verricht. Anderzijds de geïntegreerde organisatievorm waarbij de opdrachtgever (een deel van) de ontwerpbeslissingen uitbesteedt aan de aannemer. De aannemer wordt in de geïntegreerde variant verantwoordelijk voor zowel de nog te nemen ontwerpbeslissingen als voor de uitvoering van het geheel.

Bij deze verschillende organisatievormen zijn in de afgelopen decennia contractmodellen opgesteld met een heldere taakverdeling. Daarin zijn de verantwoordelijkheden vertaald naar risicoverdelingen volgens (groveweg) de adagia 'wie bepaalt, betaalt' en 'wie niet behoedt, bloedt'.⁷ Oftewel: degene die de verantwoordelijkheid op zich neemt voor een deel van het ontwerp- en uitvoeringsproces, draagt in uitgangspunt ook de risico's van de keuzes die hij daarin maakt. Niettemin rust op de wederpartij - in het bijzonder de aannemer - de verplichting te waarschuwen voor fouten in de keuzes die aan de opdracht ten grondslag liggen. Verzuimt de aannemer te waarschuwen, dan zal hij verantwoordelijk en aansprakelijk zijn voor de gevolgen van dat verzuim.⁸ Deze (strikte) risicoverdeling zien we terug in de meest gebruikte contractvoorwaarden in de bouw: de UAV 2012 voor traditionele contracten en de UAV-GC 2005 voor geïntegreerde contracten.

De praktijk laat zien dat zowel deze traditionele als de geïntegreerde contracten 'conflictgevoelig' zijn. Dit komt voornamelijk doordat deze contractvormen ervan uitgaan dat de prijs voor de uit te voeren werkzaamheden bij de opdrachtverlening wordt vastgesteld. In de traditionele contractvorm is dat idealiter nadat *alle* ontwerpwerkzaamheden zijn uitgevoerd en neergelegd in een bestek (hoewel in de praktijk blijkt dat vaak ook tijdens de uitvoering nog ontwerpen moeten worden uitgewerkt). Tijdens de postcontractuele periode zijn er echter nog tal van onzekerheden die invloed hebben op de kosten van de uitvoering en/of de prijs waarvoor het werk moet worden verricht. Te denken valt aan omgevingsfactoren, bodemgesteldheid, scopewijzigingen (meerwerk) en weersinvloeden. Bij geïntegreerde contracten wordt de prijs reeds in een eerder stadium vastgesteld, namelijk in de ontwerpfase. Tijdens de ontwerpfase moeten echter nog belangrijke (ontwerp)keuzes worden gemaakt. De prijs staat dus bij aanvang van de ontwerp- en/of uitvoeringswerkzaamheden vast, terwijl in de postcontractuele fase óók nog tal van onzekerheden bestaan die invloed hebben op de kosten van het te realiseren werk. Het gaat daarbij niet alleen om uitvoeringsrisico's zoals in het traditionele model, maar ook om de onzekerheden die samenhangen met de uitwerking van het ontwerp.

Indien zich risico's voordoen die voor rekening van de opdrachtgever komen, vormt de overeengekomen risicoverdeling vervolgens het mechanisme om tot aanpassing van de prijs te komen die de aannemer voor het door hem te realiseren werk krijgt.⁹ Als partijen daarover een geschil krijgen, zal dat invloed hebben op de tijd waarin het werk tot stand komt en/of de kwaliteit van het uiteindelijke resultaat. De daarmee gemoeide kosten worden dan al snel kostenoverschrijdingen of 'faalkosten' genoemd (hoewel een deel van deze kosten hoe dan

7 Vergelijk: L. de Boer, 'Turnkey en design & construct: concepten, aansprakelijkheid en risico', in: *De ontwerpende bouwer, Over turnkey- en design- & build-contracten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 203. Door Jansen gekarakteriseerd als de "klassieke paradigma". Zie C.E.C. Jansen, 'Beter gebruik maken van juridische ruimte bij aanbesteden en contracteren in de bouw', *voordracht RWS Dialoogbijeenkomst Marktvisie* 19 juni 2018.

8 Zie bijvoorbeeld par. 6 lid 14 UAV 2012 en par. 4 lid 7 UAV-GC 2005.

9 Een en ander voor zover de wet of de gewoonte geen mogelijkheid van prijsaanpassing biedt.

ook zou zijn gemaakt als de risico's zich eerder hadden verwezenlijkt).¹⁰ Uit een recent onderzoek volgt dat de faalkosten in 2019 circa 5% van de totale brancheomzet bedroegen.¹¹

Naarmate een bouwproject meer geïntegreerd wordt uitgevoerd en complexer is, neemt het aantal onzekerheden toe en daarmee ook het aantal te verdelen risico's. In een geïntegreerd model zullen partijen immers niet alleen te kampen hebben met onzekerheden gedurende de uitvoering, zoals bodemgesteldheid of omgevingsfactoren, maar ook met tal van andere factoren. De integraliteit van het bouwproces veronderstelt bovendien een verdergaande interactie tussen de opdrachtgever en aannemer dan bij een meer traditionele contractvorm het geval is. Interactie betekent communiceren en samenwerken. Waar partijen communiceren, ligt miscommunicatie op de loer en miscommunicatie belemmert de samenwerking.

Eén van de belangrijkste bronnen van miscommunicatie is gelegen in de omschrijving van de verwachtingen ten aanzien van het eindresultaat. Kenmerkend voor het traditionele model is dat de opdrachtgever in wezenlijke mate bijdraagt aan concretisering van de verwachtingen.¹² Hoe eerder een aannemer in het ontwerpproces wordt betrokken, hoe minder vergaand de verwachtingen door de opdrachtgever zullen zijn geconcretiseerd. De eisen aan het eindresultaat zullen meer functioneel zijn gespecificeerd dan wanneer slechts nog een engineeringsslag moet worden gemaakt. Enerzijds heeft dat als voordeel dat bij de totstandkoming van het ontwerp gebruik kan worden gemaakt van de (innovatieve) kennis en ervaring van de aannemer. Anderzijds kunnen bij de invulling van functioneel gespecificeerde eisen, de verwachtingen van de opdrachtgever en de aannemer sterk uiteen lopen.

2.2 Belangenconflict in relatie tot 'waardeperceptie'

Eveneens kenmerkend voor de huidige bouwpraktijk is dat met de risicoverdeling in de gebruikelijke contractvoorwaarden de belangen van opdrachtgevers en aannemers beslist niet parallel lopen. Integendeel. De perceptie van 'waarde' van een project zal voor een opdrachtgever per definitie anders zijn dan voor een aannemer.

Voor een opdrachtgever zal de waarde grofweg zijn te omschrijven in een drietal aspecten:

1. de kwaliteit van het uiteindelijke project en eventueel het proces waarmee het tot stand komt;
2. de tijd waarbinnen het project wordt gerealiseerd; en
3. de totale prijs die een opdrachtgever voor zijn project moet betalen.

Voor een aannemer zal de waarde van een project daarentegen gelegen zijn in:

1. de kosten die gemaakt worden om het project tot stand te brengen;
2. de tijd waarin het project wordt gerealiseerd; en
3. de totale prijs die de opdrachtnemer krijgt voor zijn geleverde werk.

10 <http://www.sbr.nl/default.aspx?ctid=2393> voor een definitie en voorbeelden. 'Faalkosten zijn alle kosten die ten behoeve van het eindproduct zijn gemaakt, ontstaan door vermijdbaar tekortschieten. De faalkosten worden veroorzaakt doordat het bouwproces onnodig inefficiënt verloopt, het eindproduct niet aan de afgesproken kwaliteitseisen voldoet dan wel door het feit dat er zaken moeten worden hersteld of vervangen. Voorbeelden van vermijdbaar tekortschieten zijn: gebrekkige communicatie (verkeerde, te late, onduidelijke informatie, enz.); onvoldoende tijd (niet optimaal ontwerp, gebrekkige bouwplaatsinrichting enz.) onvakkundige inbreng (verkeerde keuzen, gebrekkige leiding, enz.); niet-beheerst proces (wijziging van het pve, te late vergunningverlening, enz.)'. Zie ook: A.G.J. van Wassenae en C.H.J. Thomas, VBR Preadvies www.werkinuitvoering21.com, pag.9 e.v.

11 *Financieel Dagblad* 4 april 2019: 'De bouw laat door fouten miljarden euro's liggen'. Zie ook: *Rapport ABN-AMRO*, 'Verspilde moeite, over faalkosten in de bouw' d.d. 29 maart 2019.

12 M.A.M.C. van de Berg en C.E.C. Jansen, De contractuele aansprakelijkheid van de ontwerpende bouwer – Gezichtspunten, in: *De ontwerpende bouwer*, Tjeenk Willink, Deventer, 1996, pag. 97.

Het belang van de opdrachtgever is erin gelegen voor een zo laag mogelijke prijs een zo hoog mogelijke kwaliteit te krijgen binnen de overeengekomen tijd.¹³

Natuurlijk wil ook een aannemer trots zijn op zijn werk. Zijn belang is echter voornamelijk gelegen in de beperking van de kosten die hij moet maken voor het werk dat hij moet leveren. Zodoende kan hij zoveel mogelijk overhouden van de prijs die de opdrachtgever betaalt.¹⁴ Dat bepaalt immers zijn winstmarge. In uitgangspunt zal een aannemer ten minste de marge willen behalen waarmee hij tijdens de contractvorming heeft gecalculeerd en zo mogelijk - met behulp van optimalisaties of verkorting van de uitvoeringsduur - een nog hogere marge, zonder dat daarmee aan (de minimale) kwaliteit wordt ingeboet.

Op zich zouden deze inherent tegengestelde belangen niet tot geschillen en faalkosten hoeven leiden. De praktijk is daarentegen vaak aanmerkelijk weerbarstiger. De marktwerking speelt daarin een bepalende rol.

2.3 Effecten van marktwerking op conflictmodellen ('the dark side of procurement')

Bij overheidsopdrachten voor werken zal de opdrachtverlening worden voorafgegaan door een gereguleerde (Europese) aanbesteding. Aanbestedingen hebben tot doel kansgelijkheid, objectiviteit, transparantie en proportionaliteit teweeg te brengen. Bij de toepassing van 'conflictmodellen' neemt het risico op geschillen en daarmee faalkosten als gevolg van de opgeroepen concurrentie toe. Zonder volledigheid te pretenderen kan een drietal relevante aspecten worden genoemd.

2.3.1 Beste prijs/kwaliteitverhouding

In de eerste plaats is de gunningsmethodiek voor een opdracht in grote mate bepalend voor het risico op het ontstaan van belangenconflicten. Naarmate de prijs in de gunningssystematiek aan belang wint ten opzichte van kwaliteit, zal een opdrachtnemer genoodzaakt zijn de kostprijs te 'drukken' om zijn marge zeker te stellen. De prijsdruk gaat ten koste van de kwaliteit die hij zal willen of kunnen aanbieden. Inschrijvers worden daardoor geprikkeld de door de opdrachtgever gestelde eisen zo minimaal mogelijk uit te leggen, teneinde het laagst mogelijke kostenniveau te bereiken en de uitvoeringstermijn maximaal te beperken.¹⁵ Elke andere uitleg die een opdrachtgever aan een eis geeft, zal (potentieel) leiden tot een conflict wanneer dat de kostprijs voor het werk of de uitvoeringsduur ervan opdrijft.¹⁶

Hoewel het criterium 'laagste prijs' slechts nog in bepaalde gevallen als gunningscriterium (gemotiveerd) mag worden toegepast,¹⁷ is de prijs bij toepassing van het criterium beste prijs-kwaliteitverhouding in de praktijk vaak nog steeds een belangrijke factor, zo niet van

13 J.S.J. Koolwijk en R.P. Geraedts, *Projectallianties, procesinnovatie bij complexe bouw projecten*, VSSD, 2006, pag. 6.

14 J.S.J. Koolwijk en R.P. Geraedts, a.w. pag. 7.

15 Vergelijk Asser/*Van den Berg* 7-VI, Deventer: Wolters Kluwer 2017/297.

16 Zie in gelijke zin B. Van den Berg, 'Over onzekerheid en vaste prijs-contracten', in '*Van het gebaande pad*', *opstellen aangeboden aan mr. A.G.J. van Wassenaer*, onder redactie van M.A.B. Chao-Duvis en M.A.M.C. van den Berg, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2016, pag. 141-158.

17 Art. 2.114 lid 4 Aw en hfdst 3.5.5 Gids Proportionaliteit.

doorslaggevende betekenis.¹⁸ In tijden van een laagconjunctuur zal concurrentiestelling inschrijvers verleiden op aanbestedingen in te schrijven tegen lagere marges. Terwijl in tijden van hoogconjunctuur inschrijvers minder snel genoodzaakt zullen zijn tegen lagere marges in te schrijven. Zij zullen daarentegen ook risico's willen vermijden, hetgeen een prijsopdrijvend effect heeft dat kan conflicteren met de beschikbare budgetten van opdrachtgevers. In voorkomende gevallen kan dat leiden tot het terugtrekken van marktpartijen uit aanbestedingen of onaanvaardbaar hoge inschrijvingen.

Gunnen op (overwegend) kwaliteit, zoals bijvoorbeeld het geval is bij *best value procurement* of het toepassen van overwegend kwaliteitscriteria vrijwaart een opdrachtgever evenmin van geschillen. In de eerste plaats kunnen kwaliteitscriteria grote effecten hebben op de kosten van uitvoering en daarmee op de prijs. Bovendien blijft de prijs ook in dat geval een vast gegeven bij gunning van de opdracht, terwijl de onzekerheden niet voorafgaand aan het vaststellen van de prijs worden weggenomen.¹⁹

Ten slotte hebben opdrachtgevers niet altijd belang bij een hogere kwaliteit van het eindproduct. In veel gevallen kiezen opdrachtgevers er dan ook voor concurrentie te laten plaatsvinden op de kwaliteit van het 'proces' om tot het eindproduct te komen. Aannemers bieden aan de opdrachtgever te 'ontzorgen' en opdrachtgevers stellen daar hun projectorganisaties op in. Waar aannemers achteraf niet aan hun aanbidding blijken te kunnen voldoen en het proces proberen te optimaliseren, houden opdrachtgevers noodgedwongen vast aan de aangeboden proceskwaliteit. De proceskwaliteit leidt dan tot inflexibiliteit van het bouwproces, bureaucratisering van het contractmanagement en (verdere) juridificering van het project, met alle gevolgen van dien.

2.3.2 Gebrekkige informatie-uitwisseling tijdens de aanbesteding

In de tweede plaats brengt een aanbesteding complicaties met zich voor de informatie-uitwisseling tussen de opdrachtgever en de (potentiële) aannemer. Tijdens een aanbesteding dient de informatie-uitwisseling plaats te vinden binnen de kaders van de beginselen van het aanbestedingsrecht, waaronder het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Als gevolg daarvan verloopt de informatie-uitwisseling tijdens aanbestedingen veelal suboptimaal.

In de relatie tussen de aanbestedende dienst (opdrachtgever) en de potentieel geïnteresseerde inschrijver (de toekomstige aannemer) - ook wel de verticale dimensie genoemd - komt dit door de beperkte mate waarin overleg mogelijk is over de verwachtingen van de opdrachtgever waarop de aannemer zijn aanbidding kan baseren. De aanbidding van de aannemer zal goeddeels worden gebaseerd op de gegevens die afkomstig zijn van de opdrachtgever, waarmee hij zijn verwachtingen heeft proberen te verduidelijken. Deze verwachtingen worden verwoord in (al dan niet functioneel gespecificeerde) eisen en overige verstrekte informatie, zoals bodem- en areaalgegevens, referentieontwerpen, richtlijnen, normen, etc.

18 Zie onder meer het onderzoek van het Economisch Instituut voor de Bouw (EIB), S. Hardeman, 'Emvi, tenzij...!', 2013 te vinden op: https://www.eib.nl/pdf/EMVI_tenzij.pdf; alsook CROW Kennisbank d.d. 7 januari 2019: 'Werken met BPKV in 3 fasen', <http://kennisbank.crow.nl/public/Contents/63828>: "Bij een derde van de aanbestedingen telt kwaliteit voor meer dan 50% mee en in een enkel geval is het gewicht 85%. Gemiddeld wegen de kwaliteitsaspecten voor 39% mee, en de prijs dus voor 61%."

19 Het meest treffende voorbeeld is in dat kader de problematiek rond de aanleg van de Westfrisiaweg in opdracht van de Provincie Noord-Holland. Ondanks dat de opdracht via *best value procurement* tot stand was gekomen, heeft het project ruim 6 maanden stil gelegen wegens het verwezenlijken van risico's tijdens de uitvoering en de daardoor ontstane geschillen tussen opdrachtgever en aannemer. Informatie afkomstig uit: *Cobouw* 16 februari 2017, 'Heijmans en provincie lossen geschil rond Westfrisiaweg op'.

Informatie-uitwisseling over deze gegevens is in veel gevallen beperkt tot enkele (algemene of individuele) inlichtingenrondes waarin vragen van inschrijvers worden beantwoord door de aanbestedende dienst. De mogelijkheden voor aannemers om de informatie te doorgronden is daarom gelimiteerd.

Ook de zogenoemde 'horizontale dimensie' - de relatie tussen de inschrijvers onderling - heeft negatieve invloed op de informatie-uitwisseling tussen opdrachtgever en (toekomstige) aannemer. De precontractuele fase noodzaakt tot strategisch handelen. De focus van een inschrijver zal immers niet alleen zijn gericht op het doen van een passende (lees: geldige) inschrijving; een inschrijver zal zijn concurrenten moeten uitschakelen om de aanbesteding te kunnen winnen. Dat nodigt niet uit tot het wegnemen van onduidelijkheden gedurende de aanbestedingsprocedure. Zeker niet wanneer die onduidelijkheden in de uitvraag na opdrachtverlening aan de opdrachtgever kunnen worden tegengeworpen.²⁰

Ook ontbreekt een echte prikkel voor aannemers om in de precontractuele fase te waarschuwen voor onjuistheden in de verstrekte informatie waarvoor de opdrachtgever de verantwoordelijkheid draagt. De Raad van Arbitrage en de overheidsrechter lijken met terughoudendheid een beroep op schending van de precontractuele waarschuwingsplicht te honoreren.²¹ Een beroep daarop wordt slechts in een uitzonderlijk geval toegewezen.²² Een aannemer kan zijn kans vergroten de opdracht te verwerven door te zwijgen over geconstateerde onjuistheden en in te schrijven met een zo laag mogelijke prijs. Door na opdrachtverlening alsnog te waarschuwen, hoopt de aannemer het extra werk alsnog te mogen uitvoeren zonder de prijs daarvoor in concurrentie te hoeven aanbieden.²³ Dat leidt in de regel tot hoge faalkosten.

2.3.3 *Projectrelaties leiden tot een 'rollencarrousel'*

Ten derde wijzigt de verhouding tussen de opdrachtgever en de inschrijver/aannemer fundamenteel nadat de aanbesteding is afgerond en de opdracht is gegund. Voorafgaand aan de aanbesteding is de opdrachtgever - binnen proportionele marges - eenzijdig in staat de voorwaarden voor de aanbesteding en de uitvoering van de opdracht voor te schrijven. Na gunning, wanneer de opdrachtgever niet meer kan terugvallen op het aanbestedingsresultaat, ontstaat een zekere afhankelijkheidsrelatie ten opzichte van een aannemer aan wie de opdracht is gegund. Voor het te bereiken doel zal de opdrachtgever immers in hoge mate van hem afhankelijk zijn. De aannemer beschikt vervolgens over een exclusieve verhouding tot de opdrachtgever. Niet zelden leidt dat tot strategisch handelen van een aannemer om op die wijze postcontractueel zijn marge op het werk te vergroten dan wel te voorkomen dat deze

20 Opdrachtgevers dienen er daarbij rekening mee te houden dat de Raad van Arbitrage bij uitleggeschillen met het gezichtspunt 'contra proferentem' onduidelijkheden in hun nadeel zal kunnen interpreteren. In RvA 27 september 2018, No. 72.111 heeft de RvA expliciet de contra proferentem-regel als gezichtspunt toegepast bij de uitleg van contractsbepalingen die kennelijk voor de betreffende aannemer 'onduidelijk waren'. Hierop valt echter wel de nodige kritiek te leveren, aangezien toepassing van het gezichtspunt een mededingingsversturend effect kan sorteren en strategisch handelen gedurende de inlichtingenfase van een aanbesteding in de hand kan werken.

21 In menig uitspraak over UAV-GC geschillen wordt door opdrachtgevers een beroep gedaan op de precontractuele waarschuwingsplicht, maar tot op heden zonder succes. Zie: RvA 21 augustus 2007, No. 27.733, RvA 1 juli 201, No. 32.254 en RvA 19 juni 2013, No 34.169 en Rb. Amsterdam d.d. 17 augustus 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:8718 en Hof Amsterdam d.d. 10 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2858

22 Zie bijvoorbeeld RvA Bouw 17 januari 2017, No. 35.664, m.nt. T.B. van Dijk en V.H. Slot.

23 Vergelijk S.J.H. Rutten, De precontractuele waarschuwingsplicht, *BR* 2004, p. 383 waarin schrijver de precontractuele waarschuwingsplicht plaatst in de context van het 'prisoners dilemma'.

afneemt.²⁴ Dat beïnvloedt de informatie-uitwisseling gedurende de precontractuele fase niet alleen negatief, maar zal er ook toe leiden dat opdrachtgevers in een volgende aanbesteding (nog) terughoudender worden in het verstrekken van informatie waarvoor zij mogelijk aan de lat zullen staan.²⁵

Deze afhankelijkheidsrelatie werkt impasses en daarmee faalkosten in de hand. Maatschappelijke en politieke belangen bij voortgang van de werkzaamheden zullen overheden noodzaken claims geheel of gedeeltelijk te honoreren, waarmee strategisch gedrag feitelijk wordt gehonoreerd.²⁶ Daarbij helpt het niet dat in de meeste bouwcontracten een effectief middel ontbreekt om impasses te doorbreken.²⁷ Voor zover die middelen wel bestaan, maken partijen daar weinig gebruik van.

Daarbij komt dat, anders dan in private verhoudingen, relaties tussen opdrachtgevers en aannemers bij overheidsopdrachten voornamelijk project-gerelateerd zijn. In een projectrelatie zal de samenwerking tussen partijen gedomineerd worden door het projectresultaat en niet gericht zijn op bestending van de relatie na voltooiing van de opdracht. Ongeacht hoe partijen de eindstreep bereiken, zal elke nieuwe overheidsopdracht voor werken (met een waarde boven de Europese drempel) immers opnieuw in de markt moeten worden gezet, waarna partijen dezelfde rollen innemen als bij een voorgaand project en het daaraan voorafgaande project. Zo ontstaat een heuse 'rollencarrousel'.

Slechts in uitzonderlijke gevallen zal tijdens de uitvoering de relatie zodanig worden verstoord dat deze invloed kan hebben op het volgende project. Hoewel een tendens waarneembaar is dat aannemers kritischer zijn op deelname aan aanbestedingen, kunnen veel aannemers zich niet veroorloven van deelname af te zien. Opdrachtgevers hebben slechts beperkte mogelijkheden om tot uitsluiting van aannemers aan deelname aan een aanbestedingsprocedure over te gaan en dienen daarmee terughoudend om te gaan.²⁸ Uitsluiting op basis van *past performance* komt in de praktijk dan ook sporadisch voor.²⁹

Voltooiing van een werk door een derde is bovendien een weinig aantrekkelijk scenario. Het aanmerkelijke risico dreigt dat de opdrachtgever als gevolg daarvan spreekwoordelijk het kind met het badwater weggooit. In de meeste gevallen zullen de resterende werkzaamheden immers opnieuw moeten worden aanbesteed, met alle precontractuele én postcontractuele risico's van dien, zoals aanbestedingsgeschillen, vertragingen, kostenstijgingen, etc.

24 Bij traditionele contracten werd geregeld gesuggereerd dat aannemers werken aannamen op basis van de fouten in het bestek, om zo de prijs te optimaliseren.

25 C.E.C Jansen en J.G.J. Janssen, 'Marktconsultatie voorafgaande aan een aanbestedingsprocedure: pas toe of leg uit', in *'Van het gebaande pad'*, a.w., pag. 239.

26 B. Van den Berg, 'Over onzekerheid en vaste prijs-contracten', in *'Van het gebaande pad'* a.w. pag. 146.

27 De UAV-GC regelt op zich terecht dat partijen overeenstemming moeten bereiken over (de gevolgen) van wijzigingen in de opdracht. Als een geschil ontstaat over de vraag of een wijziging noodzakelijk is (of juist niet) ontbreekt een mogelijkheid tot het doorbreken van een impasse, zoals de UAV (2012) die wel kent (de directieaanwijzing van par. 6 lid 2 in samenhang met par. 50 lid 1). Terecht wordt deze omissie in de UAV-GC bij de herziening daarvan geëvalueerd. Zie voor succesvolle toepassing: Vzgr. Oost-Brabant 29 maart 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ6000 en Vzgnr. Oost-Brabant 24 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:869

28 Art. 2.13.7 Aw juncto par. 3.5.1.2. Gids Proportionaliteit.

29 Zie bijvoorbeeld: HvJ EU 13 december 2012, zaak C-465/11 ECLI:EU:C:2012:801 (*Forposta*), Rb Noord-Nederland 9 maart 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:836 r.o. 7.15 e.v.

2.4 Tussenconclusie

Onze bouwpraktijk wordt gekenmerkt door belangentegenstellingen die inherent zijn aan de bouwcontractvormen die worden gehanteerd, met veel conflicten tot gevolg. Deze conflicten doen zich in toenemende mate voor bij geïntegreerde contractvormen met een hoog risicoprofiel. De marktwerking die aan opdrachtverlening voorafgaat heeft daarop beslist geen positief effect. Waar samenwerking tussen opdrachtgever en aannemer essentieel is voor het voortvarend verloop van een bouwproces, vindt in (te) veel gevallen precies het tegenovergestelde plaats; vertrouwen maakt plaats voor wantrouwen en wederzijds onbegrip. Het gevolg is dat slechts een beperkt aantal projecten wordt uitgevoerd binnen de prijs waarvoor deze zijn aangenomen. De ‘vaste prijs’ die partijen bij aanvang van een bouwproject zijn overeengekomen, biedt dus allerminst zekerheid dat het project ook voor die prijs wordt uitgevoerd. Sterker: kostenoverschrijdingen zijn eerder regel dan uitzondering!

3. Veranderende rollen: de zoektocht naar het juiste model

3.1 Publiek-privaat ‘samenwerken’ als contractverplichting (?)

Hoe wordt bewerkstelligd dat opdrachtgevers en aannemers tijdens de postcontractuele fase beter gaan samenwerken teneinde faalkosten te voorkomen? Deze zoektocht naar het ideale samenwerkingsmodel is al tijden gaande. Niet alleen in Nederland maar ook internationaal.³⁰

Sinds eind vorige eeuw wordt de oplossing voor het voorkomen van faalkosten gezocht in publiek-private samenwerking (PPS). Publiek-private samenwerkingen komen voor in twee varianten: het concessie-model en het alliantiemodel. De vraag is: leiden beide varianten daadwerkelijk tot de samenwerking waarnaar we op zoek zijn?

3.2 Veranderende rollen: langjarige samenwerking via DBFM(O) contracten

Het inmiddels in Nederland ingeburgerde concessiemodel is het DBFM(O)-contract. Deze op langjarige samenwerking gerichte contractvorm, waarbij ontwerp (D), bouw (B), onderhoud (M) en exploitatie (O) van publieke werken geïntegreerd aan private partijen worden opgedragen en door private financiers worden voorgefinancierd (F), beoogt de effectiviteit en efficiëntie van overheidsop treden bij grote complexe infrastructuurprojecten en bij overheidsgebouwen te bevorderen.³¹ De gedachte is dat door de risico's en verantwoordelijkheden van de verschillende fasen in één hand te leggen er lagere *life-cycle kosten* en een betere prijs/kwaliteitverhouding kunnen ontstaan.

Het bij aanbesteding overeengekomen betalingsmechanisme voorziet er vervolgens in dat de opdrachtnemer - doorgaans een consortium van partijen - alleen betaald krijgt voor beschikbaarheid van het bouwwerk en het afgesproken niveau van dienstverlening. Daarin is de prikkel gelegen om het project zo snel mogelijk op te leveren. Prestatiemetingen en prestatieprikkels vormen dus de kern van een DBFM(O)-contract. De gedachte was voorts dat

30 In het Verenigd Koninkrijk is met dit doel in de vorige eeuw de Construction Task Force opgericht waaruit het rapport *Rethinking Construction* (1998) is voortgevloeid, gevolgd door het rapport *Accelerating Change* (2002) van het Strategic Forum for Construction. Zie daarover tevens H.W.R.A.M. Janssen, 'De ontwikkeling van de aannemingsovereenkomst; van confrontatiemodel naar geïntegreerd model (?)' in *Hoofdstukken Bouwrecht, Aangenomen werk, Opstellen aangeboden aan A.J. van Wijngaarden*, Zwolle: Tjeenk Willink, 2003, pag. 267 e.v.

31 Eversdijk en Korsten, 'Motieven en overwegingen achter publiek-private samenwerking', *Beleidsonderzoek Online*, 2015, pag. 1.

de betrokken externe financiers een ‘disciplinerende rol’ zouden kunnen spelen en strategisch gedrag van aannemers zouden kunnen beteugelen (‘tucht van de financiers’).³²

De meerwaarde van DBFM(O)-projecten wordt hoog ingeschat. Verondersteld wordt dat de publieke uitgaven aanzienlijk dalen ten opzichte van de meer traditionele wijze van opdrachtverlening.³³ Om deze meerwaarde aan te tonen werden twee meerwaarde-toetsten ontwikkeld: de Public Private Comparator (PPC) en de Public Sector Comparator (PSC). De PPC is een financieel afwegingsinstrument, waarmee de financiële meerwaarde van PPS ambtelijk kon worden berekend ten opzichte van een traditionele uitvoering van een project. De uitkomst van de PPC vormt vervolgens het fundament voor de keuze om wel of geen DBFM(O) toe te passen.³⁴ De PSC vergelijkt de kostenraming van DBFM(O) vervolgens met de uitvoering door middel van afzonderlijke contracten of andere geïntegreerde contracten.³⁵

Met name de Rijksoverheid heeft in de afgelopen 15 jaar veelvuldig van deze contractvorm gebruik gemaakt, aangemoedigd door financiers én aannemers. In totaal zijn enkele tientallen projecten in de infrastructuur en de utiliteitsbouw door middel van gestandaardiseerde DBFM(O)-contracten aanbesteed en gegund. De meest recente voortgangsrapportages laten zien dat ook meerwaarde wordt gecreëerd. Alle daarin genoemde projecten werden ‘tijdig’ ter beschikking gesteld. Slechts bij één huisvestingsproject heeft oplevering later plaatsgevonden dan gepland.³⁶

Ondanks deze positieve signalen, klinkt er ook alweer enige tijd kritiek. Uit diverse onderzoeksrapporten volgt dat het publieke belang bij DBFM(O)-projecten niet altijd gewaarborgd is.³⁷ De Rekenkamer plaatste al in 2013 kanttekeningen bij de gecalculerde meerwaarde van DBFM(O)-contracten ten opzichte van traditioneel aanbestede contracten. Uit het onderzoek naar het contractmanagement bij DBFM(O)-contracten trok de Rekenkamer de volgende conclusies:

- het contractmanagement bij DBFM(O)-contracten diende te worden versterkt;
- sturingsmechanismen werden niet altijd toegepast zoals bedoeld, waardoor boetes en kortingen niet consequent werden verrekend of in rekening gebracht, prestaties van de opdrachtnemers niet optimaal werden gemonitord en het rijk betalingen garandeerde of betalingen ‘ineens’ deed in plaats van op basis van beschikbaarheid (hetgeen de essentie vormt van een DBFM(O)-contract);
- er vielen ‘kanttekeningen’ te plaatsen bij de manier waarop de prijsvorming voor Wijzigingen plaatsvond. Ondanks de mogelijkheid tot ‘marktconformiteitstoetsen’ vonden deze, mede als gevolg van de afhankelijkheidsrelatie van de opdrachtgever ten opzichte van de aannemer, niet consequent plaats.

32 *Rapport Algemene Rekenkamer, Contractmanagement bij DBFM(O)-projecten*, Den Haag 2013, pag. 5.

33 *Uit de Voortgangsrapportage DBFM(O) 2016/2017*, pag. 10 volgt dat wordt uitgegaan van een meerwaarde van 10-15% ten opzichte van de geraamde waarde in geval van traditionele opdrachtverlening. Kwalitatieve meerwaarde is daarbij niet meegerekend.

34 Arno Eversdijk en Arno F.A. Korsten, a.w.

35 Website Rijkswaterstaat: Het is een vergelijkingsmethode om de totale kosten over de levenscyclus van de publieke variant van een project inzichtelijk te maken. De PSC wordt ook gebruikt om private biedingen onderling te vergelijken en om te beoordelen of een publiek-private uitvoering voordeliger is.

36 *Voortgangsrapportage DBFM(O) 2016/2017*, pag. 20 (de afgifte van het opleveringscertificaat vindt overigens in DBFM(O)-projecten later plaats dan de ter beschikkingstelling van het bouwwerk).

37 D. van Est en C. van Montfort, ‘Publiek-Private Samenwerking: internationale en nationale studies van de algemene rekenkamer’, in M. Sanders (Ed.), *Publiek-private samenwerking: Kunst van het evenwicht*, Den Haag, Boom 2015, pag. 177.

Aldus concludeerde de Rekenkamer dat de Tweede Kamer beter inzicht moest krijgen in het tussentijds verloop van DBFM(O)-contracten en de langetermijneffecten ervan, zodat de Tweede Kamer een beter oordeel kon vellen over de toepassing en uitvoering van DBFM(O)-projecten.³⁸

Onderzoek naar PPS-projecten in de Verenigde Staten en Canada leveren soortgelijke indicaties op.³⁹ Volgens dit onderzoek vindt in de praktijk onvoldoende risicoverschuiving plaats. Als het misloopt, dan worden de kosten bijna altijd afgewenteld op de overheid. Service tegen lagere kosten - het doel van PPS - blijkt moeilijk haalbaar te zijn.⁴⁰ Ook studies naar DBFM(O)-projecten in het Verenigd Koninkrijk - de bakermat van de PPS en het voorbeeldland bij uitstek - laten de gevoeligheden van deze vorm van publiek-private samenwerking zien. In het Verenigd Koninkrijk is het enthousiasme inmiddels danig getemperd. Uit evaluaties van PPS-projecten volgt dat onvoldoende *value for money* wordt gerealiseerd. Naar aanleiding van een uitvoerig onderzoek stelde de voorzitter van het Committee of Public Accounts in niet mis te verstane bewoordingen:

' (...) while Private Finance Initiative has delivered many new public buildings and services that might not otherwise have been built, it is far from clear that it has provided value for money. At present, Private Finance Initiative looks like a better deal for the private sector than for the taxpayer'.⁴¹

Daarnaast zijn de meerwaardetoetsen door middel van de PPC en PSC aan kritiek onderhevig. De uitkomsten van deze toetsen blijken gevoelig te zijn voor ambtelijke beïnvloeding, vooral omdat deze afhankelijk zijn van aannames en (lange termijn) inschattingen van vele onzekere parameters.⁴² Mede daardoor kan het beeld ontstaan dat 'wat je uit de PPC wil laten komen, er ook uit komt'.⁴³

Onduidelijk is of de twijfel over de meerwaarde van DBFM(O)-projecten in Nederland terecht is. Enerzijds duidt het rapport van de Rekenkamer daar wel op, ondanks dat het contractmanagement sindsdien een fikse verbetering heeft ondergaan.⁴⁴ Anderzijds wijst de verminderde interesse van aannemers in DBFM(O)-projecten op het tegenovergestelde. Wellicht is dat ook de reden dat Rijkswaterstaat aanleiding heeft gezien een 'bredere' evaluatie uit te voeren naar DBFM(O)-contracten voor grote infrastructurele projecten.⁴⁵

Niettemin lijkt (i) de strikte - bijna Angelsaksische - verdeling van verantwoordelijkheden en risico's, (ii) de toegepaste prijsmechanismen en (iii) de langjarige afhankelijkheidsrelatie tussen de opdrachtgever en de aannemer er aan in de weg te staan dat daadwerkelijke synergie ontstaat tussen opdrachtgever en aannemer. Ook bij DBFM(O) is de samenwerking tussen publiek en privaat vooral op het contract gebaseerd. Er is een spanning aanwezig tussen samenwerking - wat 'vertrouwen' veronderstelt - en 'contract' - dat veelal is gebaseerd op 'wantrouwen'.⁴⁶ Ook bij DBFM(O)-contracten bestaat derhalve een sterke neiging tot juridificering, waarbij alles wordt vastgelegd in gedetailleerde voorwaarden, specificaties en procedures. Dit verhoogt tevens de transactiekosten (inclusief duur van de aanbesteding).

38 Rapport Rekenkamer, Contractmanagement bij DBFM(O)-projecten, pag. 12.

39 Verhees, Van Marrewijk, Leendertse e.a., 'Publiek en privaat: een spannende relatie in de bouw- en infraketen', *Beleidsonderzoek Online*, oktober 2015, DOI:10-.5553/BO, pag. 12 e.v.

40 Verhees, Van Marrewijk, Leendertse e.a., a.w., pag. 15.

41 Verhees, Van Marrewijk, Leendertse e.a., a.w., pag. 14.

42 Rapport Algemene Rekenkamer, Contractmanagement bij DBFM(O)-projecten, Den Haag, pag. 34

43 A. Eversdijk en A.F.A. Korsten, a.w., pag. 11 e.v.

44 Voortgangsrapportage 2016/2017, pag. 16 e.v.

45 *Financieel Dagblad*, 29 november 2018, 'Rijk gaat bij zeeluis gebruikte contractvorm nog eens breder evalueren'.

46 Verhees, Van Marrewijk, Leendertse e.a., a.w., pag. 17.

Ondanks diverse goedbedoelde initiatieven om partijen tot betere samenwerking te stimuleren, blijkt de DBFM(O)-variant van publiek-private samenwerking in de praktijk onverminderd een 'conflictmodel' te zijn; de actoren spelen daarin dezelfde (strategische) rollen als in de gebruikelijke traditionele of geïntegreerde contractvormen. De betrokkenheid van externe financiers kan dat slechts ten dele beteugelen. Eversdijk en Korsten betwijfelen dan ook of op langere termijn DBFMO-contracten daadwerkelijk de meerwaarde kunnen genereren die men er ten opzichte van traditionele modellen had verwacht. De financiële meerwaarde, die in Nederland het fundament vormt voor de toepasbaarheid van DBFM(O), is immers omgeven met onzekerheden en kan zelfs tijdens de projectuitvoering verdampen.⁴⁷

3.3 Veranderende rollen: risico's delen in plaats van verdelen

Een meer zuivere variant van publiek-private samenwerking is het alliantiemodel.⁴⁸ Van een alliantie is sprake wanneer een opdrachtgever en een aannemer op gelijke voet, *als partners*, samenwerken bij de realisatie van een bouwwerk, waarbij zowel winst als verlies volgens een bepaalde verdeelsleutel worden verdeeld.⁴⁹ De essentie van de alliantie is gelegen in de gelijkgeschakelde belangen, te weten het gezamenlijk bereiken van de alliantiedoelstellingen binnen de overeengekomen kaders, waaronder het alliantiebudget, de bouwtijd en de kwaliteit.⁵⁰ De gelijkschakeling van belangen wordt voornamelijk teweeggebracht door partijen op de voet van gelijkheid te laten samenwerken op het gebied van ontwerp, uitvoering en risicobeheersing, bijvoorbeeld door de vorming van een integrale projectorganisatie waarin de alliantiepartners gelijke zeggenschap hebben.⁵¹ Hiermee wordt beoogd een klimaat van optimale samenwerking te creëren waarin geen plaats is voor onderling wantrouwen, maar voor vertrouwen.⁵² Terecht wordt het alliantiemodel door Monika gekarakteriseerd als een van de 'relationele contracten'.⁵³

Het alliantiemodel veronderstelt dat de samenwerking tussen opdrachtgever en aannemer ook voordeel (winst) oplevert. Voor de opdrachtgever, omdat hij minder geld kwijt is voor het gerealiseerde werk. Voor de aannemer, omdat hij naast de gebruikelijke winst op het project ook het overeengekomen deel ontvangt van de gerealiseerde besparingen. Omdat beide partijen (gelijk) delen in het verlies hebben beide partijen geen belang meer om de (strategische) rollen in te nemen die zij bij de hiervoor genoemde conflictmodellen wel innemen. Het belang is vooral gericht op het voorkomen van stagnatie in het bouwproces en het beter beheersen van risico's. Elk risico vormt immers een kans op het optreden van financieel nadeel. Indien een risico zich verwezenlijkt, kunnen de (financiële) gevolgen daarvan worden beperkt door het gezamenlijk beheersen daarvan. Om te voorkomen dat kostenbesparing een doel op zich vormt en ten koste gaat van de andere alliantiedoelen, kan

47 Arno Eversdijk en Arno F.A. Korsten, 'Motieven en overwegingen achter publiek-private samenwerking', *Beleidsonderzoek Online* februari 2015, DOI: 10.5553/Beleidsonderzoek.000515, pag. 15.

48 Ik beperk mij tot de variant van de projectalliantie, omdat de strategische alliantie aanbestedingsrechtelijk niet haalbaar lijkt.

49 M.A.M.C. van den Berg, 'Alliancing', *BR* 2002, pag. 835 en *Asser/Van den Berg 7-VI* 2017, nr. 297

50 B.L.C. van den Berg en C.E.M. van den Berg, 'Risico's mijden en voordelen spreiden', in *Alleen samen; opstellen aangeboden aan mr. M.A.M.C. van den Berg*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2010, pag. 7.

51 De comptabiliteitswet belemmert de Rijksoverheid tot oprichting van een vennootschap. Voor decentrale overheden is dat echter eenvoudiger te organiseren. In de praktijk van gebiedsontwikkelingen was dat ook meer gemeengoed.

52 M.A.B. Chao-Duivis en A.Z.R. Koning, a.w., pag. 361.

53 M.A.B. Chao-Duivis, 'Het bouwteam model, Een studie naar de juridische vormgeving en het functioneren in de praktijk' *Bouwrecht Monografieën* nr. 34, par. 2.2 en 2.8.

via *performance incentives* (bonus/malus-regeling) worden gestuurd op andere doelen, zoals tijd en/of kwaliteit.⁵⁴

Zodoende bestaat voor de zowel de opdrachtgever als de aannemer een grote (financiële) prikkel om tot besparingen te komen (kansen = pakken = winst!). 'Best for project' vormt (idealiter) dus de resultante van elke gezamenlijk genomen beslissing.

3.4 Levert een alliantie ook 'value for money' op?

Inmiddels zijn bij enkele infrastructurele projecten positieve ervaringen opgedaan met de alliantie als contractvorm.⁵⁵ De Waardse Alliantie is met positief resultaat afgesloten en binnen de overeengekomen termijn opgeleverd. De samenwerking tussen opdrachtgever en aannemer heeft geleid tot vergaande optimalisatie van het complexe ontwerp.⁵⁶ Ook over het project A2 Hooggelegen zijn de recensies positief. Weliswaar is het project duurder uitgevoerd dan voorgenomen, maar sneller dan partijen waren overeengekomen en 26 maanden eerder dan volgens partijen het geval zou zijn geweest indien de uitvoering volgens een 'traditionele' wijze zou zijn opgedragen.⁵⁷ Deze tijdswinst werd met name gerealiseerd door het parallelle verloop van het ontwerpproces, waarbij ontwerpfasen in elkaar zijn geschoven zodat omgevingsvergunningen eerder konden worden aangevraagd.⁵⁸

In beide gevallen blijkt dat de (veranderde) rollen van de alliantiepartners ten opzichte van hun traditionele rollen daadwerkelijk een positieve invloed hebben gehad op het verloop van het project. Door gelijkgeschakelde belangen verbeterden de verhoudingen, werd beter gebruik gemaakt van elkaars kennis en ervaring, waardoor processen konden worden geoptimaliseerd en risico's beter werden beheerst.

Laat ik vooropstellen dat er geen overtuigend bewijs is dat allianties de projectresultaten van infrastructuurprojecten structureel verbeteren. Internationale onderzoeken naar allianties laten echter wél een positief beeld zien.⁵⁹ Betekent dit dat het alliantiemodel hét model is om faalkosten te vermijden, of heeft het een hoog 'Ratelband-gehalte'?⁶⁰ Optimisme lijkt mij op zijn plaats. Niettemin signaleer ik een aantal aandachtspunten.

3.4.1 Realistische inschatting taakstellend alliantiebudget

Het grootste verschil met de gebruikelijke bouwcontracten is dat bij een alliantie geen 'vaste prijs' (aanneemsom) wordt overeengekomen, maar een 'richtprijs'; ook wel Taakstellend Alliantiebudget (TAB) genoemd. Dit is het bedrag waarvoor het project naar gezamenlijke inschatting van partijen dient te kunnen worden gerealiseerd. Het TAB omvat zowel de directe als indirecte uitvoeringskosten, alsook een realistische inschatting van risico's en kansen

54 J.S.J. Koolwijk en R.P. Geraedts, a.w., pag. 86 e.v.

55 Asser/*Van den Berg 7-VI* 2017, nr. 297 voor een overzicht van in Nederland uitgevoerde allianties. Overigens over weinig alliantieprojecten concrete informatie openbaar gemaakt.

56 M.A.B. Chao-Duivis, C.E.C. Janssen e.a. in 'Verkenning van de mogelijkheden tot toepassing van Allianties door Rijksgebouwendienst', pag. 71: in totaal zijn 60 optimalisaties doorgevoerd met een waarde van circa 8.5% van de aanbiedingsom.

57 Bloemendaal en Van der Geest: 'Het Experiment A2 Hooggelegen, een geslaagde nieuwe weg' *Veerkracht*, 2011, pag. 120.

58 Bloemendaal en Van der Geest a.w., pag. 87 e.v.

59 P. Kamminga, 'Welke lessen zijn er te trekken uit empirische studies naar succes en falen van allianting en partnering?', <<https://ssrn.com/abstract=2294207>>, pag. 7.

60 Vergelijk J. van Dunné, 'Acts of God', *overmacht en onvoorzien omstandigheden in het bouwrecht*, Preadvies Vereniging van Bouwrecht, nr. 26, Deventer: Kluwer 1998, pag. 148.

(alliantie-risicopot) en een vooraf overeen te komen opslagpercentage voor de aannemer.⁶¹ In geval van onderschrijding van het TAB is sprake van winst en bij overschrijding is sprake van verlies.

Het realistisch inschatten van het TAB is van groot belang voor het welslagen van een alliantie. Zou het TAB onrealistisch hoog worden vastgesteld, dan zouden onderschrijdingen door besparingen of optimalisaties schijnwinsten opleveren die ten laste zijn van de afnemer komen. Andersom zou een te lage inschatting van het TAB een demotiverend effect kunnen hebben op de aannemer.⁶²

Terecht merkt Van den Berg op dat in het vaststellen van het TAB een dilemma besloten ligt. De behoefte aan een realistisch TAB pleit ervoor het project zo nauwkeurig mogelijk te omschrijven. Hoe gedetailleerder dat gebeurt, des te minder er nog te optimaliseren is.⁶³ Voor complexe projecten met meer onzekerheden en risico's ligt een nauwkeurige omschrijving van het project nu juist niet voor de hand. Ook aanbestedingsrechtelijk levert dat een uitdaging op om de inschrijving met de beste prijs/kwaliteitverhouding te selecteren. In welke mate kan prijs dan nog een rol spelen om de samenwerking niet te frustreren?⁶⁴

De prijsonzekerheid die hierdoor ontstaat, zal veel publieke opdrachtgevers overigens weerhouden voor een alliantie te kiezen. Veel publieke besluitvormers blijken bij de verwezenlijking van hun beleidsdoelstellingen (toch) te kiezen voor de drie Z's: zekerheden, zeggenschap en zelfbeschikking, ondanks dat 'vaste prijs'-contracten evenmin prijszekerheid bieden.⁶⁵

3.4.2 Waardering van kwaliteitsdoelstellingen

Anders dan bij private opdrachtgevers, zoals in de petrochemische industrie waar al veel ervaring is opgedaan met projectallianties, is met name de kwalitatieve meerwaarde van het eindproduct moeilijker meetbaar. Technische eigenschappen als temperatuur, kilowatts of decibels zijn objectief meetbaar. Functionele eisen zijn al een stuk lastiger te meten en voor ruimtelijk-visuele kwaliteit bestaan geen eenduidige maatstaven.⁶⁶ Bovendien hebben veel overheidsopdrachtgevers doorgaans geen belang bij hogere technische eigenschappen (tegen hogere kosten) van het eindproduct. Als het eindproduct maar voldoet aan de vooraf gestelde (minimum)eisen.⁶⁷ Anders gezegd: 'goed, is goed genoeg'. Dit kan ertoe leiden dat technische eigenschappen geen alliantiedoel op zich vormen.

De objectieve meting van alliantiedoelen gericht op de proceskwaliteit (zoals tijd, (verkeers) hinderbeperking, de mate van samenwerking, omgevingsmanagement en imago) is daarentegen zeer lastig door de ongrijpbaarheid ervan.⁶⁸ Met andere woorden: was het mooie resultaat echt bereikt dankzij de samenwerkingsvorm of liep het project gewoon goed?⁶⁹ Dat kan de afrekening van incentives bemoeilijken. Zo werd bij het project A2 Hooggelegen een

61 M. Klijn, Prijsvorming bij Alliantiecontracten, in *Van het gebaande pad*, a.w., pag. 29 e.v.

62 Asser/*Van den Berg 7/VI* 2017, nr. 297, M. Klijn, 'Prijsvorming bij alliantiecontracten', in *Van het gebaande pad*, a.w., pag. 33.

63 Asser/*Van den Berg 7/VI*, 2017, nr. 297.

64 M. Klijn, Prijsvorming bij Alliantiecontracten, in *Van het gebaande pad*, a.w., pag. 33 e.v.

65 A. Eversdijk en A.F.A. Korsten, a.w., pag. 12.

66 J.S.J. Koolwijk en R.P. Geraedts, a.w., pag. 97 e.v.

67 Vergelijk: Selectiefase BD-1 Markermeerdijken, pag. 13 waarin als alliantiedoel is opgenomen dat de dijkversterking dient te voldoen aan minimale eisen.

68 Deze alliantiedoelen zijn ontleend aan de Alliantie A2 Hooggelegen en de Alliantie Markermeerdijken.

69 P. Kamminga, a.w., pag. 8.

incentive gesteld op beperking van verkeershinder, terwijl partijen geen overeenstemming kregen over de wijze waarop dit moest worden gemeten.⁷⁰ Afhankelijk van het project kan dan ook de vraag worden gesteld in welke mate de proceskwaliteit een (hoge) financiële prikkel rechtvaardigt om daadwerkelijk meerwaarde te kunnen bieden.

Er moet dus een duidelijke balans zijn tussen de (maatschappelijke) meerwaarde van het beoogde doel en de vergoeding die daartegenover staat. Naarmate de incentives slechts een beperkte financiële prikkel vormen, zal het belang van het alliantiedoel waaraan het is gekoppeld afnemen. De keerzijde bestaat echter ook: een te grote bonus/malus kan leiden tot contractdiscussies over de interpretatie van het doel *an sich* dan wel een te krampachtige sturing op het alliantiedoel, waarmee andere doelen in het gedrang kunnen komen of strategisch gedrag van één van partijen kan veroorzaken.

3.4.3 Belangenverstremeling wegens afhankelijkheidsrelaties ('let op de knip'⁷¹)

Zodra één van de partijen wordt uitgedaagd zich strategisch te gedragen, legt dat de bijl aan de wortel van het onderlinge vertrouwen. Vertrouwen is echter de basis van een alliantie.

Vertrouwen vereist volledige transparantie over en weer. Dat vergt dat partijen elkaar inzage geven in hun respectievelijke boekhoudingen ('open boek'-principe), maar ook rekenschap geven van elkaars belangen en daarmee de synergie tussen de alliantiepartners. Dit roept de vraag op in welke vorm de alliantie het beste kan worden gegoten om strategisch handelen te voorkomen.

Bij de mij bekende Nederlandse infrastructurele alliantieprojecten tot nu toe, is steeds gekozen voor het zogenaamde '2 Contract Model'. In dat model bestaat naast de alliantieovereenkomst - waarin met name de alliantiedoelstellingen en de incentives zijn geregeld - een tweede contract met een uitvoerende aannemer die onderdeel uitmaakt van het concern van de private alliantiepartner en van welke aannemer het alliantieverband de feitelijk opdrachtgever is.⁷² Dit introduceert echter wel het risico dat de belangen van de uitvoerend aannemer gaan afwijken van de belangen van de alliantie (zie hiervoor hoofdstuk 2). In uitgangspunt zou het alliantieverband een rationele afweging moeten kunnen maken aan welke aannemer de opdracht moet worden gegund om het werk tegen de laagste kosten en de hoogste kwaliteit uit te voeren. Een dergelijke keuze kan echter conflicteren met de verwachtingen ten aanzien van de omzet die de private alliantiepartner via de uitvoerend aannemer zou realiseren.

Voorkomen moet worden dat de (sterke) afhankelijkheid die de publieke opdrachtgever heeft van zijn private alliantiepartner én de uitvoerend aannemer hem kan dwingen keuzes te maken die strijdig zijn met de alliantiedoelstellingen. Met een Single Contract Model - in welk model de alliantieovereenkomst ook de uitvoerende taken regelt⁷³ - kan die belangentegenstelling worden voorkomen.

Ook bij 'hybride' alliantievormen ligt het risico van belangenverstremeling op de loer. Bij hybride alliantievormen worden alliantiekenmerken verweven met een geïntegreerd contract (conflictmodel). Bij dergelijke hybride vormen kunnen discussies ontstaan of optimalisaties dan wel risico's ofwel aan de alliantie moeten worden toegerekend (en dus gezamenlijk

70 Bloemendaal en Van der Geest, a.w. pag. 128 e.v.

71 Bloemendaal en Van der Geest, a.w., pag. 207 e.v.

72 M.A.B. Chao-Duvis en A.Z.R. Koning, a.w. pag. 400.

73 Vergelijk M.A.B. Chao-Duvis en A.Z.R. Koning, a.w. pag. 400.

worden benut/gedragen), dan wel moeten worden toegerekend aan één van partijen. Afhankelijk van de (omvang van de) gevolgen van verwezenlijking van het risico, kunnen strategische afwegingen daarbij een rol gaan spelen met impasses en vertraging tot gevolg.⁷⁴

3.4.4 *Het selecteren en behouden van de juiste mensen*

Het succes van een alliantie valt of staat bij persoonlijke relaties en goede interactie. De personen die met elkaar samenwerken, moeten met elkaar overweg kunnen en een positieve houding hebben richting elkaar en het alliantieconcept. Daarom is het belangrijk dat de personen in het projectteam goed bij elkaar passen.

De aanbestedingsbeginselen (transparantie, gelijkheid en objectiviteit) bemoeilijken de selectie van de juiste alliantiepartner. Het is nodig te selecteren op geschiktheid voor samenwerken, teamsamenstelling en houding van de betrokken personen en ondersteuning vanuit het management.⁷⁵ Dat laat zich niet eenvoudig vatten in objectief te beoordelen gunningscriteria. Samenwerken vergt bovendien niet alleen de inzet van de aannemer, maar tenminste net zoveel inzet van de opdrachtgever.

Ten slotte is het niet alleen aanbestedingsrechtelijk een uitdaging om de juiste mensen te selecteren. Het behouden van de juiste mensen is net zo belangrijk. Het is daardoor noodzakelijk dat beide partijen hun beste medewerkers selecteren en beschikken over een procedure om personen te vervangen als zij het niet met elkaar kunnen vinden, of zich niet kunnen houden aan de alliantiebeginselen.⁷⁶ Het blijkt soms lastig voor partijen zich hieraan te committeren.⁷⁷

4. Tot slot: hoe samen verder?

De term ‘samenwerken’ heeft natuurlijk een positieve connotatie. Wie wil dat niet? Voor een deel is samenwerken een ‘mindset’ en komt het bij bouwprojecten aan op de inzet van de juiste mensen. Maar de ‘mindset’ van de actoren in het bouwproces verandert niet vanzelf en valt ook moeilijk contractueel af te dwingen. De contractuele structuur van een bouwcontract en de daarmee verbonden (financiële) belangen van partijen zullen in grote mate bepalend blijven voor de vraag welke rol een partijen gedurende het bouwproces hebben en tot hoever partijen bereid zijn tot samenwerking.⁷⁸

Van de huidige bouwpraktijk kan worden geleerd dat de belangentegenstellingen die inherent zijn aan de in Nederland gebruikelijke (traditionele en geïntegreerde) contractvormen aan effectieve en efficiënte samenwerking tussen opdrachtgevers en aannemers in de weg kunnen staan. De daar uit voortvloeiende kosten worden dan al snel als kostenoverschrijding of als faalkosten aangemerkt, waardoor de samenwerking (verder) onder druk komt te staan. Indien de belangen gelijk geschakeld worden en winst en verlies gelijkelijk worden verdeeld, zoals bij allianties het geval is, is de kans groter dat samenwerking leidt tot synergie, flexibiliteit,

74 Vergelijk Asser/*Van den Berg* 7-VI, 2017, nr. 299; anders B.C.L. van den Berg en C.E.M. van den Berg, Risico's mijden en voordelen spreiden, in: *Alleen samen*, a.w., pag. 8-12.

75 P. Kamminga, a.w., pag. 13.

76 P. Kamminga, a.w., pag. 13.

77 Bloemendaal en Van der Geest, a.w., pag. 198.

78 Vergelijk P. Kamminga, "Mythes rond bouwcontract ontmaskerd: 'Pas op met succesverhalen'", *Cobouw* d.d. 24 april 2019.

betere informatie-uitwisseling en voornamelijk vertrouwen; een *'blaim and claim'*-houding maakt plaats voor 'clubgevoel'.⁷⁹

Een alliantie is geen wondercontact en beslist niet voor alle projecten te overwegen. Gelet op de tijd en energie die zowel de (voorbereiding van de) aanbesteding als de uitvoering van het project vergt, zal een alliantie voor kleinere projecten waarschijnlijk niet van meerwaarde zijn. Voor omvangrijke (infrastructurele) projecten onder hoge tijdsdruk, met complexe omgevingsfactoren en grote maatschappelijke impact, biedt een alliantie daarentegen veel kansen om te bewerkstelligen dat deze op tijd en zonder geschillen worden gerealiseerd. Inmiddels zijn in Nederland belangrijke ervaringen opgedaan met allianties. Deze zijn over het algemeen positief beoordeeld. Dat is hoopgevend. Vanzelfsprekend biedt dat geen garanties voor de toekomst. Maar door meer ervaringen op te doen en die ervaringen ook te delen, laat deze contactvorm zich (verder) verbeteren.

Of een alliantie leidt tot meerwaarde in de zin van *value for taxpayers money*, valt nog moeilijk te zeggen. De (maatschappelijke) meerwaarde is wellicht meer gelegen in het mogelijk maken van projecten, die zonder de risico's te delen in het geheel niet, of met een onverantwoord hoog risicoprofiel voor de markt zouden kunnen worden gerealiseerd. En voor alles geldt: *"The difficulty lies not so much in developing new ideas as in escaping from old ones."*⁸⁰

Over de auteur



Georg Huith is advocaat bij Croon advocaten te Den Haag. Hij is gespecialiseerd in het bouw en aanbestedingsrecht en zodoende betrokken bij tal van geschillen tussen (overheids) opdrachtgevers en aannemers bij bouwprojecten. Met Monika deelt hij zijn interesse in de doorwerking van het aanbestedingsrecht in de contractfase. Over dat onderwerp verzorgt Georg geregeld cursussen bij het Instituut voor Bouwrecht. Georg maakt deel uit van het Comité van Aanbeveling voor het onderwijs dat onder de leiding van Monika suggesties doet voor het onderwijscurriculum van het Instituut voor Bouwrecht.

79 Deloitte e.a., Handleiding bij toepassing van allianties door Rijksgebouwendienst, pag. 5.

80 J. M. Keynes, 'The General Theory of Employment, Interest and Money'.