

Alit de praktijk

Stop afwijken in besteksvoorwaarden!

Het is een open deur om erop te wijzen dat de praktijk van stelselmatig afwijken van evenwichtige voorwaarden tot veel onnodig financieel leed leidt. Ook betekent dit voor het projectmanagement van alle betrokken partijen extra inspanningen. Dit komt nagenoeg nooit ten goede aan het project. Veel energie en tijd moet dan worden gestoken in het innemen van een zogenaamde "ingraafpositie", die leidt tot onnodige juridisering en stoeve omgang. Kortom alle ingrediënten voor een conflictueus project.

De afgelopen periode lijkt er een expansie aan dergelijke voorwaarden te hebben plaatsgevonden. De schijn is gewekt dat dit door deze crisistijd is ingegeven: de onredelijke risicoverschuivingen voor ontwerpen en tekortkomingen van het bestek; de coördinatie van de afzonderlijke ontwerpen (B/W/E) is onvoldoende uitgewerkt, extra zekerheden en zwaardere financiële eisen worden gesteld. Ook zijn onbeperkte aansprakelijkheden (waaronder wij ook verstaan de zogenaamde beperkingen van aansprakelijkheid waarbij een veel te hoog bedrag is genoemd, bijvoorbeeld 3 x de opdrachtwaarde) niet op verantwoorde wijze in te schatten.

Dit geldt vooral voor bestekken waar het technische gedeelte van slechte kwaliteit is. De inschrijver weet niet welke "lijken" er nog meer pas uit de kast komen tijdens de uitvoeringsfase. Maar hij dient wel de risico's van deze slechte bestekken voor zijn rekening te nemen. In de bestekvoorwaarden is dan – in afwijking van de UAV- bepaald dat hij zijn extra kosten vanwege het feit dat het installatiedeel toch niet helemaal past in het bouwkundig deel (typisch slechte coördinatie van de ontwerpen) niet in rekening kan brengen.

Kortom, voor SMI genoeg reden om hier aandacht voor te vragen. Een greep uit de praktijk *)

Toelichting bij 1

Hierin geeft de bestekschrijver in feite al aan dat hij zijn werkzaamheden om het bestek uit te werken niet goed heeft gedaan. De formulering houdt echter geen rekening met de wettelijke verplichting van inschrijvers om te waarschuwen

'Houd u aan de risicoverdelingen en afspraken die bij de gekozen contractvorm horen.'

voor onmiskenbare fouten. Sterker nog, deze formulering draagt alleen het risico voor fouten in de aanbesteding- en bestekstukken over van adviseur/opdrachtgever naar aannemer.

Daarmee wordt er onduidelijkheid

gezaaid over de plicht om duidelijke fouten voor aanbesteding te melden. Deze waarschuwingsplicht dient namelijk om de opdrachtgever gelegenheid te geven dit aan te passen. Om te voorkomen dat het budget dat op foute bestekstukken is afgestemd uiteindelijk ontoereikend zal zijn om de bouw- of renovatie gerealiseerd te krijgen.

In de praktijk wordt deze problematiek vaak in het

licht van minimalisering van "meerwerkkosten" betrokken; het budget is heilig en de inschrijfsom dient vast te zijn. De angel zit 'm erin dat het budget op een niet realiseerbaar fundament (het gebrekkige bestek) is gebaseerd. Als het een goed bestek is, dan is het project al voor aanvang voor 50% geslaagd! Dan zijn opdrachtgever en adviseur pas spekkoper, want goed verlopende projecten duren het langst!

1

Uit een uitgewerkt bestek voor nieuwbouw gemeentehuis:
09. PAR. 6 LID 2 VAN DE U.A.V. TOEVOEGEN:

Het bestek en de bijbehorende bestektekeningen worden geacht het hele werk te omvatten. Zij worden als geheel beschouwd en moeten in verband met elkaar worden vergeleken. Indien op de tekeningen enig werk voorkomt, dat in het bestek wordt gemist of omgekeerd, dan zal de aannemer verplicht zijn de werken uit te voeren alsof het zowel op de tekeningen als in het bestek was gesteld. Indien de beschrijving in het bestek tegenstrijdigheden bevat of afwijkt van hetgeen wat daaromtrent is aangegeven op de tekeningen, dan moet de aannemer deze voor de inschrijving melden aan de directie. Indien naderhand afwijkingen aan het licht komen, is de interpretatie van de directie bindend.



2 Uit een uitgewerkt bestek voor nieuwbouw kantoorpand: 89. (PRE-)CONTRACTUELE WAARSCHUWINGSPLICHT

Indien dit bestek en/of de tekeningen en/of andere bijlagen en contractstukken, dan wel het onderhavige bestek en het bouwkundige bestek (inclusief tekeningen en andere bijlagen) in onderling verband bezien, naar het oordeel van de aannemer onvolledigheden, onjuistheden of onduidelijkheden bevatten of anderszins niet met elkaar in overeenstemming zijn, dient de aannemer dit vóór de aanbesteding schriftelijk en onder opgave van redenen aan de opdrachtgever te melden. Laat de aannemer deze melding na dan heeft de aannemer geen recht op verrekening van meerwerk of op enige bijbetaling onder welke noemer of titel dan ook, indien wijzigingen in het bestek en/of de uitvoering en/of andere oorzaken van meerwerk en/of kostenverhogende omstandigheden bij de uitvoering voortvloeien uit of samenhangen met de boven bedoelde onvolledigheden, onjuistheden of onduidelijkheden.

Toelichting bij 2

Hier wordt van inschrijvende aannemers verwacht dat zij de ontwerpen van de diverse disciplines op elkaar afstemmen. Dit zijn typisch werkzaamheden die A) door adviserende en bestekschrijvende hulppersonen van de opdrachtgever gedaan moeten worden (ontwerpfasehandelingen) en B) waarvoor in een calculatietijd geen gelegenheid is en als die tijd er zou zijn ook beloond dient te worden (het zijn immers werkzaamheden die in een opdracht tot ontwerpen thuishoren).

3 Uit een uitgewerkt bestek voor nieuwbouw zorgcentrum: 89. (PRE-)CONTRACTUELE WAARSCHUWINGSPLICHT

Indien en voor zover de aannemer bezwaren heeft tegen een in het bestek voorgeschreven bouwstof, onderdeel, fabrikant, leverancier of onderaannemer, dient hij daarvan in een afzonderlijke bij het inschrijvingsbiljet te voegen brief melding te maken met opgaaf van redenen, van een passend alternatief en van de prijsconsequenties daarvan.

Toelichting bij 3

Dit is een curieuze zin in een aanbesteding en zet transparantie en gelijkheid geheel opzij. Zo'n bepaling leidt tot een aanvechtbare aanbesteding, want vooraf is niet duidelijk of dit "alternatief" nu wordt meegewogen en evenmin op welke manier. Bovendien wordt op ongelijke inschrijvingen gegund. Dit kan dus niet. Hoewel het idee dat de wijsheid niet in dat ene bestek zit, wel realiteitswaarde

heeft en sympathiek overkomt!! Voor de inschrijver heeft zo'n inschrijving overigens zeer vergaande consequenties wat risico's betreft: bij een gebrek zal het lastig zijn te traceren waar de uiteindelijke oorzaak te vinden is: het programma van eisen; of in het bestek waarop de alternatieve oplossing van de inschrijver aansluit. De ervaring is dat in zo'n bestek bepaald wordt dat alle gebreken dan "voor rekening van de inschrijver zullen komen....."

Als een aanbesteder de uitvoeringsdeskundigheid van marktpartijen al wil benutten in de ontwerpfase, zijn er betere mogelijkheden, zoals het aanbesteden van een bouwteam of bij complexe opdrachten niet meer voor de UAV kiezen maar voor de contractvorm UAVgc.

4 Uit een uitgewerkt bestek voor nieuwbouw kantoorpand: 91. SCHADE/ EXTRA KOSTEN

De aannemer ziet er op toe dat de schade, welke is ontstaan door vertraging en/of door wanprestatie van de aannemer, door een of meer onderaannemers of door een of meer derden, naar redelijkheid en billijkheid wordt gedragen door de partij die niet, niet-tijdig of niet goed presteert. Eventuele schaden moeten rechtstreeks tussen de hier genoemde partijen worden verrekend.

Toelichting bij 4

Door te stellen dat aannemers verdragingschade maar met hun niet presterende nevenaannemer moeten verrekenen, wordt de aannemer ook opgepadeld met het risico dat deze schade niet betaald gaat worden. De nevenaannemer zal minder snel geneigd zijn te betalen en weet dat een eventuele rechtsgang door de eisende nevenaannemer niet snel genomen wordt (te duur). Ook het risico dat een nevenaannemer omvalt is reëel aanwezig. Dit zijn risico's die niet bij de andere nevenaannemer horen, die namelijk geen enkele invloed of zicht heeft in de keuze van de bouwpartners.

Daar staat nog tegenover dat de opdrachtgever vrij eenvoudig een bedrag kan "inhouden" op de termijn van de verdragende nevenaannemer om daarmee de andere gedupeerde nevenaannemers schadeloos te stellen.

» Lees verder op p. 6

Onjuiste combinatie contractvorm en algemene voorwaarden

Uit de praktijk blijkt dat er nog al eens een onjuiste contractvorm wordt gekozen, waarvoor het jasje van de UAV niet geschikt is. Het betreft een bestek met UAV van toepassing, waarin veel fabricaten inclusief typeaanduiding etc. zijn voorgeschreven. Verder is bepaald:

5⁹² FUNCTIONEEL BESTEK

Dit bestek is een functioneel bestek. Vermelde aantallen, capaciteiten, afmetingen, vermogens, etc. geven, indien vermeld, niet meer dan een indicatie gerelateerd aan de omschreven functionaliteit. De aannemer is verantwoordelijk voor het door hem gemaakte ontwerp. Prijsconsequenties welke voortvloeien uit een foutief ontwerp zijn volledig voor rekening van de aannemer. Wijzigingen bij het uitwerken van de installaties, ten gevolge van in het bestek of op tekening vermelde principiële uitgangspunten, komen niet voor verrekening in aanmerking. De installateur is volledig verantwoordelijk voor het goed functioneren van de installaties.

Voor inschrijving dient de aannemer kennis te nemen van het werk van de andere bouwpartijen. En dient de aannemer hun eigen installatie daarop aanpassen zodat de installaties en bouwwerk goed op elkaar afgestemd zijn.

Toelichting bij 5

De vraag rijst of dat een redelijk contract is. Het antwoord is: nee, want het bevat een onjuiste combinatie van contractvorm en voorwaarden. Uit de verplichtingen van de installateur volgt dat er veel ontwerpwerk dient te worden uitgevoerd. Dat ontwerpwerk betreft geen detailengineering die nodig is om de uitvoeringshandelingen voor te bereiden. De UAV 2012 zijn daarvoor niet bedoeld en ook niet geschikt. Ook de krappe tijdsperiode waarin de aanbestedingsprocedure wordt doorlopen, geeft geen reële gelegenheid om dergelijke ontwerpwerkzaamheden te verrichten en deze ontwerpen vóór de inschrijving af te stemmen.

UAV 2012

De herziening van de UAV is sinds begin 2012 vastgesteld. Het is te betreuren dat twee professionele opdrachtgevers zich er niet aan hebben gecommitteerd. Het is en blijft ook onbegrijpelijk waarom. De opgegeven reden via e-mailberichtgeving vanuit de ministeries wordt evenmin door een groot deel van juridisch Nederland onderschreven. Die reden was dat er sprake zou zijn van andere vorm, namelijk "systeemtoezicht". Echter zonder verdere verduidelijking.

Nog even kort: "nauwlettend toezicht" verplicht tot zorgvuldig toezicht, niet automatisch tot dagelijks toezicht. Dat valt uit vele uitspraken van Raad van Arbitrage af te leiden. En dat er toezicht gehouden dient te worden (door directievoerder of opdrachtgever is om het even) is ook evident. Dit is immers een van pijlers van UAV-contracten naast scheiding van de fase van ontwerp en fase van uitvoering en bijbehorende risicoverdeling. En is ook terug te vinden in par. 3 lid 6 en lid 9 UAV 2012.

Nu gaat het niet eens zo zeer om het feit dat die 2 opdrachtgevers een aantal bepalingen van de UAV 2012 niet willen toepassen. Betreurenswaardiger is dat door zo'n beslissing het hek blijft openstaan om vooral te onpas af te wijken van solide en uitgebalanceerde voorwaarden. Overigens gaven deze opdrachtgevers aan voor het overige wel de UAV 2012 te gaan toepassen. Maar deze boodschap is onderbelicht gebleven in alle uitingen in diverse media.

Nieuwe Aanbestedingswet

De nieuwe Aanbestedingswet zal naar verwachting in januari 2013 in werking treden. De Gids proportionaliteit is – als wij het over onredelijke voorwaarden hebben - een welkome hulp om het afwijken van eerlijke voorwaarden zoals UAV en UAVgc zonder enige deugdelijke reden uit te bannen. Het zou moeten gaan leiden tot betere voorwaarden.

Voor bestekschrijvers dient deze Gids ook als steun in de rug om standaardbepalingen die een eigen leven zijn gaan leiden, kritisch te bezien en zonodig te schrappen uit hun standaarden. Contra deze Gids wordt wel gesteld dat deze de contractvrijheid van partijen beperkt. Met deze kritieken kan alleen maar bedoeld zijn dat de contractvrijheid van 1 partij wordt beperkt, namelijk die van de aanbestedende partij!

En daar is nu juist behoefte aan omdat teveel aanbesteders misbruik hebben gemaakt van hun machtspositie als aanbestedende in koper. De inschrijvende partijen hebben daarentegen helemaal geen ruimte om zich met contravoorwaarden te wapenen tegen onredelijke bepalingen. En voorbehouden maken bij geregleerde aanbestedingen is al helemaal funest.

Helaas heeft de praktijk van onredelijke bestekbepalingen mede tot zo'n regeling in de Gids geleid. Waarbij zij opgemerkt dat aanbesteders die wél professioneel handelen, de "verplichting" om paritaire voorwaarden zoals UAV en UAVgc onverkort toe te passen, niet als knellend ervaren. Het is immers de weerslag van hetgeen deze aanbesteders reeds toepassen: alleen een aanpassing van zulke voorwaarden als een projectspecifieke omstandigheid dit rechtvaardigt.

De Gids vormt een waarborg dat dit evenwicht in het opstellen van voorwaarden wordt toegepast.

Daarom onze oproep:

Neem uw maatschappelijke verantwoordelijkheid, licht opdrachtgever goed voor (voor een duppie op 1e rang gaat niet, van 2 walletjes eten qua ontwerprisico houdt geen stand, en bovenal adviseer een passend bouwproces, passend bij de opdrachtgever en passend bij zijn Programma van Eisen) en houd het bij redelijke contractvoorwaarden.

De onredelijk risicovolle projecten zullen voor de technisch dienstverlener de winst doen verdampen. En in crisistijd is de rek helemaal weg om zo'n project nog enigszins te compenseren met betere projecten. De cijfers van faillissement en inkrimping in de branche liegen er niet om. ■

*) het moge duidelijk zijn dat deze voorbeelden niet geschikt zijn om over te nemen in bestekken voor nieuwe projecten.