
Vergaderjaar 2002–2003

28 244

Enquête bouwnijverheid

Nr. 11

**DEELPROJECT 4
JURIDISCHE ASPECTEN VAN AANBESTEDING, MEDEDINGING
EN CONTRACTERING IN DE BOUWNIJVERHEID**

**Juridische aspecten van aanbesteding, mededinging en
contractering in de bouwnijverheid**

Verslag van een onderzoeksproject in opdracht van de Parlementaire
Enquêtecommissie Bouwnijverheid

mw. mr. M. Pe (projectleider)
mw. mr. dr. M. A. B. Chao-Duivis
mr. M. Eisma
mr. H. D. van Romburgh
drs. H. A. A. Scholtz

Den Haag,
augustus 2002

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	7	3.7.2	Toezicht op andere beleidsterreinen	64
1.1	Kader en vraagstelling	7	3.8	Geschilbeslechting door de Raad van Arbitrage	65
1.2	Centrale thema's	7	3.8.1	Prejudiciële vragen	66
1.3	Relatie met andere deelonderzoeken	9	3.8.2	Rechtsbeschermingsrichtlijnen	67
1.4	Opbouw verslag	9	3.8.3	Arbitrage en keuzevrijheid	67
			3.8.4	Onafhankelijkheid	68
2.	Overzicht regelgeving: strekking, inhoud en handhaving	11	4.	Mededinging: de «horizontale» dimensie	70
2.1	Inleiding	11	4.1	Inleiding	70
2.2	Marktcondities, marktbeïnvloeding en aanbesteding	12	4.2	Aanbestedingskartels en rekenvergoedingen	70
2.2.1	Marktcondities en keuze van wijze opdracht-verstrekking	12	4.2.1	Horizontale afspraken prijsvorming: SPO	71
2.2.2	Ontmoeting aanbestedingsrecht en mededingingsrecht	13	4.2.2	Bezwaren Europese Commissie	71
2.2.3	Marktbeperkende handelingen aannemers	14	4.2.3	Kostenvergoeding en aanbesteding	73
2.2.4	Verschil tussen private en publieke sector?	16	4.2.4	Verticale regeling en mededingingsrecht	73
2.3	Internationale en supranationale wetgeving inzake overheidsaanbesteding	16	4.2.5	De wenselijkheid van een rekenvergoeding	75
2.3.1	WTO-regelgeving: Agreement on Government Procurement	16	4.3	Combinatievorming	77
2.3.2	De Europese Economische Ruimte (het EER-verdrag) en Associatie-overeenkomsten	18	4.3.1	Europeesrechtelijke uitgangspunt	77
2.3.3	Overzicht van Europese regelgeving over aanbestedingen	18	4.3.2	Mededingingswet	78
2.3.4	Europese richtlijnen	19	4.3.3	Combinatievorming in de bouw	78
2.3.5	Omzetting in nationale regelgeving	22	4.4.	Concentratievorming	81
2.3.6	Knelpunten en voorgenomen veranderingen	22	4.4.1	Concentratievorming in de bouw	81
2.3.7	Toezicht, handhaving en rechtspraak Europese aanbestedingsregelgeving	24	4.4.2	Gevolgen concentraties voor de mededinging	82
2.4	Nederlandse aanbestedingsregelgeving	25	4.5	Handhaving en toezicht	84
2.4.1	Hoofdlijnen	25	4.5.1	Bevoegdheden NMA	84
2.4.2	Toezicht en handhaving aanbestedingsregelgeving in Nederland	28	4.5.2	Doorzoekingsrecht	84
2.4.3	Rechtsbescherming in aanbestedingszaken in Nederland	30	4.5.3	Het binnentreden van woningen tegen de wil van de bewoner	85
2.5	Mededingingsaspecten	32	4.5.4	Het verzekeren van naleving	86
2.5.1	Hoofdlijnen	32	5.	Contractvormen: de transactiedimensie	88
2.5.2	Europese mededingingswetgeving	33	5.1	Inleiding: een tour d'horizon	88
2.5.3	Mededingingswet	37	5.2	Beginselen van contractuele risicoverdeling	90
2.5.4	Toezicht en onderzoek	37	5.2.1	Inleiding	90
3.	Aanbesteding: de «verticale» dimensie	39	5.2.2	Beginselen	90
3.1	Inleiding	39	5.2.3	Conclusie	92
3.2	Richtlijnen en reglementen	39	5.3	Indeling van bouwcontracten op basis van de te betalen prijs	93
3.3	Leurverbod	40	5.3.1	Algemeen	93
3.4	Niet-passende aanbieding	41	5.3.2	Contracten met een vaste prijs	93
3.4.1	Europeesrechtelijke invalshoek	41	5.3.3	Vaste prijs met aanpassingsmogelijkheden	94
3.4.2	Nederlandse regelgeving	43	5.3.4	Voordelen door efficiency inkoop	94
3.5	Uitsluiting	46	5.3.5	Regiecontracten (cost reimbursement contract/cost-plus contract)	96
3.5.1	De enquêtecommissie opsporingsmethoden over uitwassen	46	5.3.6	Hoeveelhedencontracten (Bill of Quantities)	97
3.5.2	Uitsluitingsgronden	47	5.3.7	Conclusie	98
3.5.3	Criteria	48	5.4	Het traditionele model	98
3.5.4	Veroordeling wegens strijd met professionele integriteit	49	5.4.1	Inleiding	98
3.5.5	Ernstige beroepsfouten	51	5.4.2	De ontwerpverantwoordelijkheid	99
3.5.6	Proportionaliteit en subsidiariteit	53	5.4.3	Vergunningen etc.	101
3.6	Wet BIBOB en aanbesteding	54	5.4.4	Het toezicht	101
3.6.1	Integriteitsbeoordeling	54	5.4.5	De uitvoering van het werk	103
3.6.2	Het begrippenkader	55	5.4.6	Aansprakelijkheid na oplevering	106
3.6.3	Beslissingsvrijheid	56	5.4.7	Conclusie	107
3.6.4	Raakpunten met het Gemeenschapsrecht	56	5.5	Het bouwteammodel	107
3.6.5	Haken en ogen	58	5.5.1	Inleiding	107
3.6.6	Dilemma's voor aanbestedende diensten	58	5.5.2	Systematiek van het bouwteammodel	108
3.6.7	Ervaringen in Amsterdam	61	5.5.3	Aanbestedingsrechtelijke aspecten van het bouwteammodel	109
3.7	Toezicht en handhaving aanbestedingsregelgeving	62	5.5.4	Conclusie aanbestedingsrechtelijke aspecten en het bouwteam	120
3.7.1	Coördinatie en toezicht	62	5.5.5	Contractuele aspecten	121
			5.5.6	Conclusie contractuele aspecten van het bouwteam	124
			5.6	Het geïntegreerde contract	124
			5.6.1	Inleiding	124
			5.6.2	Ontwerp- en uitvoeringsaansprakelijkheid	125
			5.6.3	Vergunningen	127
			5.6.4	Toezicht	127

5.6.5	Wijzigingen	128	6.5	Mededingingsaspecten	147
5.6.6	Conclusie	128	6.5.1	Aanbestedingskartels	147
5.7	Allianties	129	6.5.2	Combinatievorming	148
5.7.1	Inleiding	129	6.5.3	Concentratietendens	148
5.7.2	Organisatie van de alliantie	129	6.5.4	Toezicht- en onderzoeksbevoegdheden NMa	149
5.7.3	Taken van de alliantie	130	6.6	Contractvormen op maat	150
5.7.4	Alliantiefonds	130	6.6.1	Vier hoofdtypen	150
5.7.5	Conclusie	130	6.6.2	Verdeling van risico's	152
5.8	Publiek-private samenwerking (PPS)	131			
5.8.1	Inleiding	131	7.	Nabeschuwing: naar een open markt door adequate aanbesteding, gezonde mededinging en evenwichtige contracten	154
5.8.2	Definities	131			
5.8.3	Gebruik van PPS	131	7.1	Inleiding	154
5.8.4	Conclusie	132	7.2	Oplossingsrichtingen binnen het juridische kader	154
			7.2.1	Europeesrechtelijk kader: kans of bedreiging?	154
6.	Samenvatting en Conclusies	133	7.2.2	Aanbesteding: meer transparantie, coherentie en coördinatie	156
6.1	Inleiding	133	7.2.3	Mededinging: vooral een kwestie van toepassing en toezicht	159
6.2	Aanbestedingsregelgeving	134	7.2.4	Contractering: maatvoering en professioneel aanbesteden	161
6.2.1	Implementatie en uitwerking van Europese regelgeving	134	7.3	Tot besluit	162
6.2.2	Het vraagstuk van «leuren»	135			
6.2.3	De «niet-passende» aanbidding	136	Afkortingen		163
6.2.4	Rekenvergoedingen	138	Literatuur		165
6.2.5	Uitsluiting van aannemers bij aanbesteding	139	Bijlagen:		
6.3	Integriteitsbeleid overheid	142			
6.3.1	Wet BIBOB	142	1.	Overzicht van aanbestedingsprocedures	167
6.3.2	Knelpunten	143	2.	Overzicht van risico's en hun toedeling	168
6.3.3	Dilemma's voor aanbestedende diensten	144			
6.4	Toezicht, handhaving, geschilbeslechting	146			
6.4.1	Toezicht en handhaving	146			
6.4.2	Geschilbeslechting	147			

1. INLEIDING

1.1 Kader en vraagstelling

De Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid heeft vijf projecten geëntameerd ten behoeve van haar onderzoek naar en beoordeling van de aard, omvang en achtergronden van onregelmatigheden in de bouwnijverheid.¹

Eén van deze projecten betreft de juridische aspecten van aanbesteding en mededinging in de bouwnijverheid. De onderzoeksopdracht omvat verscheidene deelaspecten:

- een inventarisatie van de relevante wet- en regelgeving;
- een beschrijving op welke punten de wet- en regelgeving in de loop der tijd is veranderd en welke overwegingen daarbij een rol hebben gespeeld;
- een beschrijving van de gevolgen die bedoelde veranderingen voor het ontstaan van onregelmatigheden hebben gehad;
- een inventarisatie van de relevante jurisprudentie;
- een inventarisatie van recente ontwikkelingen omtrent contractvormen en de daarbij gehanteerde toedeling van risico's aan de opdrachtgever en aannemers;
- een beschrijving van de formele rol en positie van de overheidsinstanties die belast zijn met toezicht en handhaving van relevante wet- en regelgeving alsmede die van de Raad van Arbitrage.

Op de volgende pagina's wordt verslag gedaan van de bevindingen. Daarin wordt mede rekening gehouden met eerder toegezegde kabinetsacties,² voor zover de resultaten bij afronding van de rapportage beschikbaar waren. Het onderzoeksproject is per 1 juli 2002 afgesloten, zodat bijvoorbeeld de uitkomsten van de openbare verhoren van de enquêtecommissie niet zijn meegenomen in het rapport.

Het projectteam stond onder leiding van mw. mr. M. Pe (plv. griffier Tweede Kamer) en bestond voorts uit mw. mr.dr. M. A. B. Chao-Duivis (Instituut voor Bouwrecht; met name het hoofdstuk over contractvormen), mr. M. Eisma (Raad van State), mr. H.D. van Romburgh (Ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij) en drs. H. A. A. Scholtz (Sociaal-Economische Raad).

1.2 Centrale thema's

Onregelmatigheden in het totstandkomen en de uitvoering van overheidsopdrachten aan de bouwsector zijn het hoofdonderwerp van de parlementaire enquête. De juridische aspecten van aanbesteding, mededinging en contractvorming in de bouwnijverheid staan dan ook centraal in dit onderzoeksverslag. Andere juridische aspecten, op bijvoorbeeld sociaal- of milieuterrein, krijgen geen of minder aandacht. Voorts zijn binnen de genoemde juridische vakgebieden accenten gelegd om beter aan te sluiten bij de thema's, die in de parlementaire enquête aan de orde zijn. Zo wordt uitgebreid ingegaan op zogeheten rekenvergoedingen en mogelijke gronden om bepaalde aannemers van een aanbesteding uit te sluiten. Andere punten die voor de onderzoeken van de enquêtecommissie van minder belang zijn, komen in dit onderzoek nauwelijks aan de orde; zoals onder meer de vraag welke instanties in Nederland als «aanbestedende dienst» in de zin van de Europese aanbestedingsrichtlijnen moeten worden beschouwd.

Aanbesteden is een vorm van inkopen, namelijk inkoop op maat. De opdrachtgever specificeert zijn wensen en potentiële leveranciers worden

¹ Kamerstukken II, 2001–2002, 28 244, nr. 1.

² Kamerstukken II, 2001–2002, 28 093, nr. 18.

uitgenodigd aan de hand daarvan een offerte in te dienen. Op basis van de ingediende offertes kan de opdrachtgever bepalen welke aanbieder de beste prijs-kwaliteitsverhouding voor de realisatie van zijn wensen voorlegt. De opdrachtgever organiseert op deze wijze een markt voor zijn opdracht.

Wat de concurrentie tussen aanbieders betreft is met name het mededingingsrecht van belang. Het richt zich primair op de leveranciers, niet op de opdrachtgever. Het oogmerk van deze wet- en regelgeving is eerlijke mededinging in een markt te verhogen en ongewenste samenspanning van leveranciers, ten koste van de afnemer en het algemeen belang, tegen te gaan. Voor het mededingingsrecht is vooral het Europese mededingingsrecht, zoals neergelegd in het EG-Verdrag, van belang. Dit recht is van toepassing wanneer sprake is van concurrentie met een Europese dimensie. In het merendeel van de gevallen waarop de enquête zich heeft gericht, is dat het geval. Europeesrechtelijke ontwikkelingen hebben ervoor gezorgd dat ook het Nederlandse mededingingsrecht in de jaren negentig van de vorige eeuw grondig is gewijzigd; zij het niet zonder slag of stoot. Het tot dan toe gebruikelijke misbruikstelsel is vervangen door een verbodstelsel waardoor het Nederlandse mededingingsrecht beter aansluit bij het Europese. Mededingingsbepalende afspraken of gedragingen van leveranciers, bijvoorbeeld in de vorm van vooroverleggen over prijzen en verevening van offertekosten, zijn ingevolge het Europese en het nationale mededingingsrecht verboden. Alleen onder bijzondere omstandigheden is combinatievorming van leveranciers toegestaan. Het Nederlandse mededingingsrecht is van toepassing op mededingingsaangelegenheden zonder communautaire dimensie.

Terwijl het mededingingsrecht de «horizontale» verhoudingen tussen aanbieders, de aanbodkant van de markt regelt, heeft regelgeving ten aanzien van de aanbesteding door overheidsinstanties betrekking op de «verticale» relaties tussen (publieke) vraag en (privaat) aanbod. De bouwnijverheid is een van de weinige sectoren waar aanbesteding al een lange traditie heeft. Het juridisch kader van de aanbesteding heeft echter de laatste decennia wijzigingen ondergaan. Dit kader heeft aan belang gewonnen, vooral sinds «horizontale» afspraken tussen aannemers verboden zijn. Ook voor de vormgeving van de aanbesteding is de Europese regelgeving een belangrijke factor geweest.

Het proces van aanbesteden en mededinging leidt in beginsel uiteindelijk tot een overeenkomst tussen een opdrachtgever en een aannemer. Lange tijd domineerde één type contract: het klassieke of traditionele contract. Bij dit model houdt de opdrachtgever veel in eigen hand, van het ontwerp tot en met het toezicht op de uitvoering van het bouwwerk. De laatste jaren zijn nieuwe contractvormen in zwang gekomen waarbij de rol van de overheidsopdrachtgever wezenlijk is veranderd: hierbij wordt de uitvoerder ook betrokken in het ontwerp. Het turnkey- en, een variant daarop, het «design and build»-contract zijn voorbeelden van deze nieuwe contractvormen. Beide zijn overgewaaid uit de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk. Ook het bouwteammodel dat sinds de jaren vijftig wordt toegepast, is een alternatief voor het traditionele contract. Kenmerkend daarvoor is vooral dat de aannemer al in de ontwerpfase met de opdrachtgever samenwerkt zodat het ontwerp beter is toegesneden op de uitvoering. De nieuwste vorm is een model waarbij beide partijen een nieuwe onderneming oprichten: de alliantie. De mate van opdrachtspecificatie loopt uiteen in de verschillende modellen. Hetzelfde geldt voor de verdeling van verantwoordelijkheden en van risico's tussen opdrachtgever en aannemer. In dat verband zijn

verscheidene zaken van belang, zoals de deskundigheid van de opdrachtgever, afspraken over de wijze van oplossing van eventuele geschillen alsook de rol, de samenstelling en de werkwijze van de Raad van Arbitrage in dat kader.

1.3 Relatie met andere deelonderzoeken

Ten behoeve van de parlementaire enquête zijn vijf onderzoeksprojecten gestart. Naast het onderhavige project betreffen zij de aard en omvang van de onregelmatigheden in de bouwnijverheid; een diepteonderzoek naar een aantal gevallen van onregelmatigheden (casuïstiek); de economische structuur van en mededinging binnen de bouwnijverheid; en de uiteenlopende rollen die de overheid vervult.

Het onderhavige project gaat vooral in op de formeel-juridische kanten van aanbesteding, mededinging en contractvormen, waarbij tevens de overwegingen en achtergronden aan de orde komen die bij veranderingen in de regelgeving een rol hebben gespeeld. Daarmee zijn de belangrijkste spelregels voor het functioneren van de markt in de bouwnijverheid en het toezicht daarop in kaart gebracht.

Deze kennis is onontbeerlijk om de aard en omvang van onregelmatigheden in de bouwnijverheid, het centrale thema van de parlementaire enquête, te kunnen inschatten. Bestaande regelgeving bepaalt immers in hoge mate wat onder «onregelmatigheden» dient te worden verstaan. Inzicht in de veranderingen van deze regels kan de gesignaleerde onregelmatigheden helpen duiden, zowel in de zin dat oude, inmiddels verboden, gewoonten zijn blijven voortbestaan als in de zin dat handhaving van nieuwe regelgeving blijkbaar te kort schiet.

Kennis van de economische structuur van de bouwnijverheid en inzicht in de mate waarin deze structuur de mededinging bevordert dan wel belemmert, kunnen verhelderen in hoeverre de regelgeving spoort of juist voorbij gaat aan specifieke kenmerken van de bouwnijverheid.

Het project over de «rol van de overheid» maakt duidelijk dat de overheid binnen de bestaande juridische kaders uiteenlopende rollen en taken vervult. Zo is de overheid als opdrachtgever van infrastructurele projecten marktpartij. Voorts bepalen regering en parlement de wet- en regelgeving. Diverse overheidsdiensten treden op als toezichthouder en als handhaver van regelgeving. De «overheid» is dus zowel subject als object van regelgeving.

1.4 Opbouw verslag

Het onderzoeksverslag is als volgt opgebouwd.

In hoofdstuk 2 wordt in vogelvlucht de bestaande regelgeving op het gebied van aanbesteding en mededinging beschreven. Zowel de internationale als de nationale wet- en regelgeving komen aan de orde. De relatie tussen beide krijgt bijzondere aandacht.

In hoofdstuk 3 wordt dieper ingegaan op de aanbestedingsregelgeving, haar historie en een aantal gebleken knelpunten. Uitsluiting van aannemers, niet-passende aanbiedingen, leurgedrag van opdrachtgevers en de arbitrage bij geschillen komen aan de orde.

Hoofdstuk 4 behandelt het mededingingsrecht en enkele specifieke onderwerpen die in dat verband van belang zijn. Het betreft rekenvergoedingen, combinatievorming van aannemers en de handhaving van de Mededingingswet.

Hoofdstuk 5 is gewijd aan contractvormen in de bouwnijverheid, met bijzondere aandacht voor de verdeling van verantwoordelijkheden en risico's. Ook de consequenties van inkoopvoordelen komen aan de orde.

In hoofdstuk 6 worden de bevindingen samengevat en toegespitst op de vraagstukken die de enquêtecommissie heeft gesignaleerd. Daaraan wordt een aantal conclusies verbonden.

Het verslag besluit met een nabeschouwing, in hoofdstuk 7. Daarin worden de verscheidene onderdelen van het rapport in onderlinge samenhang alsook in een ruimer kader gezien. Mogelijke oplossingsrichtingen voor knelpunten worden geformuleerd. Niet vanuit de overtuiging dat wet- en regelgeving een panacee voor alle kwalen is; wel vanuit het inzicht dat betere wet- en regelgeving en met name adequater toezicht de kans op onregelmatigheden kunnen verkleinen.

2. OVERZICHT REGELGEVING: STREKKING, INHOUD EN HANDHAVING

2.1 Inleiding

Aanbesteden is een methode om een opdracht tegen de laagste prijs of de economisch meest voordelige aanbieder gerealiseerd te krijgen. Door middel van concurrentiestelling wordt de opdracht vergeven aan een aanbieder die de beste prijs-kwaliteitsverhouding voor de realisatie biedt.³ Aanbesteden is, kort gezegd, inkopen op maat. De concurrentiestelling dient steeds plaats te vinden op basis van vooraf vastgestelde specificaties en voorwaarden. Daardoor kunnen de uitgebrachte offertes op een eenduidige wijze met elkaar worden vergeleken op basis van vooraf vastgestelde selectie- en gunningscriteria. De regelgeving inzake aanbesteding rust op drie pijlers: objectiviteit van criteria, non-discriminatie van potentiële aanbieders en transparantie van markten en procedures. Eén van de terreinen waar het begrip aanbesteden van oudsher een eminente rol vervult, is de bouwnijverheid. Door de meeste mensen wordt het woord «aanbesteden» ook direct geassocieerd met de bouwwereld. In deze sector is het begrip aanbesteden van werk ontstaan. De bouwnijverheid is dan ook de bakermat van de huidige regelgeving op dit terrein.

Anders dan in sommige andere landen in de Europese Gemeenschap, behoort het aanbestedingsrecht in Nederland tot het privaatrecht.⁴ Een aanbesteding (tender) is in feite niets anders dan een uitnodiging tot het doen van een aanbod, welk aanbod (de inschrijving) door gunning door de aanbestedende dienst wordt aanvaard. Civielrechtelijk gezien vindt dit plaats in de precontractuele fase. Deze fase maakt dat partijen een zekere zorgvuldigheidsplicht naar elkaar hebben. Het niet handelen overeenkomstig deze plicht is onrechtmatig naar de andere partij.⁵ In welke mate dat het geval is, hangt steeds af van de aard en omvang van de schending van de zorgvuldigheidsplicht. Deze plicht neemt toe naarmate de aanbestedingsprocedure vordert. Zo zal een aanbestedende dienst een eenmaal in gang gezette aanbestedingsprocedure niet zomaar zonder gunning kunnen beëindigen. Europeesrechtelijk zou zich daar niets tegen verzetten, maar civielrechtelijk zal er een situatie ontstaan waarbij partijen over en weer steeds verder naar elkaar toe groeien. Dit brengt met zich dat de voorwaarden, zoals schadeloosstelling, waaronder een aanbestedende dienst een procedure zonder gunning kan beëindigen, steeds zwaarder worden.

Aan het aanbestedingsrecht hangt echter ook een snuffje publiekrecht. Dat uit zich in de «publieke belangenbehartiging» van het aanbestedingsrecht.⁶ Het publieke element is bij het aanbesteden door de overheid niet echt specifiek. De bevoegdheden van de overheid liggen immers niet essentieel anders dan voor een particuliere aanbieder. De aanbestedingsrichtlijnen richten zich tot de overheid, omdat deze zoveel opdrachten verstrekt en zodoende een aanzienlijke markt vormt. De aanbestedingsrichtlijnen zijn tot stand gekomen met het doel de Gemeenschappelijke markt voor overheidsopdrachten open te stellen; een doel waaraan de Nederlandse overheid zich nadrukkelijk heeft gecommitteerd. Dat is het publieke element. Voor het overige gaat het (voor wat de Nederlandse situatie betreft) vooral om een civielrechtelijk kader.

In de aanbesteding zijn twee dimensies van belang. Enerzijds de «verticale» relatie tussen de opdrachtgever en de potentiële aanbieders en anderzijds de «horizontale» relatie tussen de aanbieders onderling. Voor

³ Vrij naar Wedekind, W. G. Ph. E., *Aanbesteden, een hele opdracht*, oratie bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar Aanbestedingsrecht aan de UvA, Vossiuspers UvA, Amsterdam, 2001, p. 5.

⁴ Zie artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht. Dit artikel luidt: «Geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling». Een te sluiten overeenkomst is zo'n handeling en derhalve is voor het bestuursrecht bij aanbestedingsaangelegenheden in Nederland geen rol weggelegd. Dit is anders dan in landen als bijvoorbeeld Frankrijk en België. Deze landen kennen een van het privaatrecht afgescheiden publiekrechtelijke overeenkomst met het gevolg dat de rechtsbescherming geheel of ten dele bij de administratieve rechter is ondergebracht.

⁵ Wedekind voelt er, nu het aanbestedingsrecht nader is geconcretiseerd in richtlijnen en wetgeving, in navolging van M. A. M. C. van den Berg en J.W. van Nouhuys – zeker waar het aanbestedingen onder vigeur van het UAR betreft – veel voor te gaan spreken over een «voorbereidende hulpovereenkomst», t.a.p., p. 17.

⁶ Wedekind, *Aanbesteden, een hele opdracht*, t.a.p., p. 15.

het eerste is met name het aanbestedingsrecht van belang; voor het tweede vooral het mededingingsrecht. Beide elementen zullen in dit hoofdstuk in hoofdlijnen worden beschreven. Eerst zal echter worden ingegaan op de uiteenlopende marktcondities waaronder de opdrachtverlening kan plaatsvinden, alsook de internationale en supranationale regelingen die voor de marktwerking en aanbesteding van belang zijn. Dit hoofdstuk wil vooral een overzicht bieden. Relevante aanbestedingsrechtelijke aspecten komen meer in detail in hoofdstuk 3 aan de orde. Op de mededingingsrechtelijke aspecten wordt in hoofdstuk 4 dieper ingegaan.

2.2 Marktcondities, marktbeïnvloeding en aanbesteding

2.2.1 Marktcondities en keuze van wijze van opdrachtverstrekking

Bij het verstrekken van opdrachten moet een onderscheid worden gemaakt tussen de voor die soort opdrachten geldende marktcondities. Voor *monodisciplinaire* opdrachten, zoals het aanleggen van fietspaden of het trekken van sloten, zal een aanbesteding zich over een groot aantal potentiële aannemers kunnen uitstrekken. Het betreft hier een in beginsel open markt waarin volledige marktwerking mogelijk is. Bij een aanbesteding van *multidisciplinaire*, veelal complexere, opdrachten, zoals de aanleg van bijvoorbeeld een Schipholtunnel, zal het aantal potentiële aanbieders – mede als gevolg van de door de opdrachtgevers veel hoger te stellen selectiecriteria – echter aanzienlijk beperkter zijn. Er zal daarbij sprake kunnen zijn van beperktere concurrentie. Dit geldt evenzo voor gespecialiseerde of deelmarkten met slechts een beperkt aantal aanbieders, hetgeen bijvoorbeeld het geval kan zijn bij grind- en zandbaggeraars en de asfaltleveranciers of gespecialiseerde aannemers in tunnelbouw. Bij een volledig open markt zal de marktwerking in beginsel optimaal kunnen zijn. De omstandigheid, dat het aantal aanbieders zal afnemen bij de toename van de complexiteit van een werk, dan wel bij een beperking van het aantal potentiële opdrachtnemers, die overigens in veel gevallen samenhangt met een toenemende complexiteit, heeft gevolgen voor de marktwerking.

Uit het bovenstaande kan een ruw onderscheid worden afgeleid tussen drie soorten markten:

- «aanbiedersmarkt»: de macht ligt bij de aannemers. Er zijn maar weinig marktpartijen. Er kan sprake zijn van een oligopolie, of mogelijk zelfs van een monopoliepositie. Deze situatie kan ontstaan door een kleine markt met weinig hoog gespecialiseerde opdrachtnemers. Maar ook door een toedoen van opdrachtgevers zelf kan een dergelijke situatie ontstaan, doordat deze te veel cumulatieve eisen aan de aannemers stellen, waardoor nog slechts een kleine groep potentiële aannemers, of aannemerscombinaties, aan alle gestelde eisen kan voldoen;
- «evenwichtsmarkt»: er is sprake van een machts-evenwicht tussen leveranciers en afnemers. Er bestaat een onderlinge afhankelijkheid;
- «kopersmarkt»: de macht ligt bij de opdrachtgevers. Meestal is er veel concurrentie en wordt er geconcurrereerd op prijs; in dit verband kan worden gedacht aan de eerder genoemde monodisciplinaire aannemingsovereenkomsten.

Bij het maken van een keuze voor een op een specifieke opdracht toe te passen type van aanbestedingsprocedure zal steeds, naast de specificaties die een aanbestedende dienst aan de potentiële aannemer zal willen

stellen, een analyse moeten worden gemaakt van de marktcondities. Alleen op deze wijze kan een te voeren aanbestedingsprocedure tegen de laagste prijs of de economisch meest voordelige aanbieder de beste prijs-kwaliteitsverhouding krijgen. Bij overheidsopdrachten gaat het immers om de «best value for taxpayers money».

2.2.2 Ontmoeting aanbestedingsrecht en mededingingsrecht

Bij regelgeving op het terrein van overheidsopdrachten kan een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de horizontale verbanden tussen marktpartijen, dat wil zeggen de verhouding tussen de diverse aannemers, en anderzijds de verticale verbanden, de verhouding tussen opdrachtgever en potentiële opdrachtnemer. Op het eerste heeft het mededingingsrecht betrekking; op het tweede verband het aanbestedingsrecht.

Het aanbestedingsrecht ziet op de procedurele en inhoudelijke eisen in de relatie tussen de aanbestedende dienst en de potentiële aannemer. Bij het aanbestedingsrecht gaat het erom een zodanige «ad hoc»-markt te creëren, waardoor een optimale marktwerking mogelijk wordt en de aanbestedende dienst datgene krijgt wat hij wil tegen de beste prijs-kwaliteitsverhouding.

Marktwerking kan zowel door de aanbestedende dienst, als door de markt negatief worden beïnvloed. Door aanbestedende diensten kan dit gebeuren door het stellen van zodanige – in het licht van die opdracht niet noodzakelijke – eisen of combinaties van eisen te stellen (op terreinen als bijvoorbeeld ervaring, ISO-normeringen, milieu-eisen, omzetgegevens en technische know-how) dat een deel van de markt *niet meer kan* of *niet meer wil* inschrijven op een tender.

Het «niet meer kunnen» zal vooral van toepassing zijn, indien een aanbestedende dienst zodanige eisen stelt aan potentieel geschikte aannemers dat slechts een zeer beperkt aantal aannemersbedrijven of combinaties daarvan nog aan deze eisen kan voldoen. Het stellen van dergelijke eisen kan geschieden vanuit overwegingen van objectieve noodzaak, maar ook vanuit overwegingen van een bovenmatige voorzichtigheid, die ingegeven kan zijn door onvoldoende technische kennis en ervaring aan de opdrachtgeverszijde.

Het kan ook een minder oirbare reden hebben, namelijk het willen behouden van de opdracht voor het Nederlandse of regionale bedrijfsleven of deze zelfs toe te schrijven naar één specifieke opdrachtnemer. Vooral deze laatste overweging neigt naar collusie⁷ of althans aanbestedingsrechtelijk non-congruent gedrag aan opdrachtgeverszijde.

Het «niet meer willen» komt voort uit het feit dat het opstellen van een inschrijving een soms uitgebreide calculatie nodig maakt. Het uitvoeren van een calculatie kost geld. Indien een aanbestedende dienst bijvoorbeeld zodanige hoge eisen aan aannemers stelt, dat daarmee de kosten van calculatie niet meer opwegen tegen de kans dat de aannemer het werk ook daadwerkelijk zal krijgen, zal hij van inschrijving afzien. Dit verschijnsel zal ook meer voelbaar zijn, indien een aanbestedende dienst kiest voor een openbare aanbesteding, terwijl voor dat specifieke aan te besteden werk een niet-openbare procedure, een aanbesteding met voorafgaande selectie, meer geïndiceerd zou zijn. Hoewel de oorzaken verschillen, zal het resultaat van het niet meer kunnen of het niet meer willen meedingen overigens gelijk zijn: de marktwerking wordt beperkt.

⁷ Collusie is een heimelijke verstandhouding tussen overheid en burger teneinde een zorgvuldige handhaving van regels te belemmeren, overigens zonder daarmee per se persoonlijk financieel gewin te beogen. In feite gaat het om een sfeer van «handjeklap». Zie: G.A.A.J. van den Heuvel, Collusie tussen Overheid en Bedrijf – een vergeten hoofdstuk uit de organisatiecriminologie, oratie, Maastricht, 1998.

2.2.3 Marktbeperkende handelingen aannemers

Beperking van marktwerking kan niet alleen plaatsvinden als gevolg van de wijze waarop een aanbestedingsprocedure wordt vormgegeven. De handelwijze van aannemers kan daarop ook een sterke invloed hebben. Door mededinging beperkende handelingen en afspraken kunnen betrokkenen een aanbesteding tot een fictie maken.

Casus

Een praktijkvoorbeeld. Een gemeente houdt een aanbesteding met voorafgaande selectie. Uiteindelijk worden vijf aannemers uitgenodigd een offerte uit te brengen. Eén van de aannemers weet uit «betrouwbare bron» dat de gemeente de uitvoering van het werk heeft geraamd op f 674 000,=. De vijf aannemers zijn het eens dat het werk voor f 510 000,= zou kunnen worden gerealiseerd. Aannemer X schrijft als laagste in voor f 661 000,=. De anderen krijgen ieder hun aandeel in het verschil: f 37 750,=. De gemeente merkt alert op dat er slechts een miniem verschil is met de «geheime» interne raming van de gemeente en vermoedt dat er vooroverleg heeft plaatsgevonden. Zij dwingt aannemer X met zijn prijs te zakken tot f 630 000,=. Aannemer X informeert zijn collegae over de gang van zaken. De uitkering aan de anderen wordt verlaagd tot f 30 000,=.

Met name het zogenaamde «vooroverleg» tussen de verschillende gegadigden kan mededingingsbeperkende gevolgen hebben. In deze vooroverleggen zouden de – veelal – georganiseerde aannemers afspraken maken wie als laagste zou mogen inschrijven en tegen welke prijs. Het gaat er dan niet alleen om dat de aanbesteder wordt geconfronteerd met een beperkt aantal aanbieders, die onderling hebben bepaald welke aanbieder voor de aanbesteder het meest geschikt is en tegen welke prijs. Vooroverleg ontnemt de aanbesteder ook een waarborg voor objectiviteit en controleerbaarheid van de aanbiedingen. Het zorgt er voor dat de aanbesteder in feite te veel betaalt voor het te verrichten werk, of althans geen keuzemogelijkheid meer heeft. De keuze is immers door de aanbieders onderling al voor hem gemaakt. Dergelijke activiteiten zijn, naast het feit dat deze in strijd zijn met het mededingingsrecht,⁸ naar de aanbestedende dienst toe onrechtmatig. Deze onrechtmatigheid en eventueel daadwerkelijk door de aanbestedende dienst geleden schade zullen in de praktijk evenwel moeilijk aantoonbaar blijken te zijn.⁹ Het gevolg kan tevens zijn dat niet bij het vooroverleg betrokken aanbieders of buitenlandse aanbieders effectief buiten de deur blijven.

Voorts schijnen soms ook vormen van obstructie voor te komen, waarbij (niet-georganiseerde) aannemers – soms onder bedreiging of druk – buiten het aanbestedingslokaal worden gehouden en zodoende niet tijdig hun aanbieding in de bestemde bus kunnen deponeren. Als dergelijke vormen van verhindering door obstructie van een eerlijke mededinging inderdaad voorkomen, zijn deze niet zozeer van aanbestedingsrechtelijke of mededingingsrechtelijke aard. Zij bevinden zich veel meer op het terrein van het strafrecht. Dergelijk gedrag leidt evenwel tot resultaten die wel degelijk voor de beoogde eerlijke mededinging en de uitslag van de aanbesteding van belang zijn.

⁸ Artikel 6 van de Mededingingswet en artikel 81 EG-Verdrag.

⁹ De verrekening van de uit te keren opzetbedragen vindt doorgaans extracomptabel plaats, waardoor een daadwerkelijk inzicht ten aanzien van de hoogte van de opgezette bedragen moeilijk is te verkrijgen. Op basis van een door iedere aannemer bij te houden «tegoed-» en «te betalen»- administratie worden de bedragen via toekomstige werken met elkaar verrekend.

Vormen van verboden ondernemersafspraken in aanbestedingen (internationaal)

- Prijsfixatie: het winnende bedrijf en het winnende bod worden gekozen en de overige bidders wordt verzocht een hoger bod uit te brengen. De overige kartellenden krijgen daarvoor een vergoeding.

- *Marktverdelende overeenkomsten van aanbieders, waaronder de controle over essentiële toeleveranciers.*
- *Biedingsvergoedingen: een ondernemersorganisatie vraagt een vergoeding aan bedrijven voor het mogen uitbrengen van een bieding; bij de bieding wordt het bod met dit bedrag verhoogd; het geaccumuleerde bedrag wordt door de organisatie op enigerlei wijze teruggesluisd naar de leden.*
- *Rekenvergoedingen: de winnaar komt met de verliezers overeen om hun offertekosten (tot op zekere hoogte) te vergoeden.*

Bron: OECD Competition and procurement markets, Directorate for financial, fiscal and enterprise affairs, Committee on competition law and policy (DAFFE/CLP (99)3/FINAL) May 1999.

Een samenhang tussen aanbesteders- en aanbiedersgedrag kan blijken uit het feit, dat aanbestedende diensten door hun werkwijze de binnen de bouwwereld bestaande afspraken over vooroverleg in meer of mindere mate kunnen be- of ontmoedigen. Zo kan het opschroeven van de kwalitatieve selectiecriteria, met name ten aanzien van onder meer technische, financiële en ervaringseisen, of het stellen van andere voor aannemers belemmerende eisen de toetreding van nieuwe en ook buitenlandse aanbieders bemoeilijken. Daardoor wordt het voor de aan die aanbesteding deelnemende aannemers eenvoudiger om onderlinge afspraken te handhaven.

Overigens kunnen hierbij ook andere factoren een rol spelen, zoals de beschikbaarheid van arbeidskrachten en grondstoffen of van specifieke op Nederland gerichte kennis.

Collusie bevorderende factoren:

- Concentratie in een sector (partij gemakkelijk te identificeren, gezamenlijke controle over prijszetting).
- Belemmeringen om de markt te betreden; capaciteitsgrenzen van bedrijven, maar niet van het kartel.
- Transparante markttransacties zodat het kartel afwijkingen gemakkelijk kan achterhalen.
- De spelers wedijveren regelmatig met elkaar, hetzij achtereenvolgens in één markt hetzij tegelijkertijd op verschillende geografische markten zodat het kartel leden kan straffen die niet meedoen.
- Het gemak waarmee een kartelovereenkomst geheim blijft (voor de schijn blijven wedijveren).

Bron: OECD Competition and procurement markets, Directorate for financial, fiscal and enterprise affairs, Committee on competition law and policy (DAFFE/CLP (99)3/FINAL) May 1999.

Vooroverleg of een andere vorm van kartelvorming zal minder gemakkelijk voorkomen of effectief kunnen zijn bij monodisciplinaire opdrachten. Daarvoor zijn immers doorgaans vele gegadigden. Dat ligt anders bij complexere multidisciplinaire opdrachten waarvoor minder potentiële aannemers in aanmerking komen. Zolang vormen van aanbesteden blijven bestaan waarbij potentiële gegadigden elkaar kunnen ontmoeten of weet van elkaar hebben, is vooroverleg niet uit te sluiten. Het opstellen van goede ramingen door aanbestedende diensten zal het feitelijke nut van het vooroverleg mogelijk terug kunnen dringen. Adequate ramingen maken het mogelijk dat inschrijvingen met te grote afwijkingen ten opzichte daarvan kunnen worden aangemerkt als niet-passend. Voorts zal in de toekomst mogelijk het elektronisch aanbesteden een serieuze bijdrage aan het terugdringen van het fenomeen vooroverleg kunnen

leveren. Dat zal met name het geval zijn wanneer de markt niet als oligo- of monopolistisch is te kenmerken.

2.2.4 *Verschil tussen private en publieke sector?*

Tussen opdrachtverlening in de publieke en private markt zijn grote verschillen. De overheid is gebonden aan Europese en nationale aanbestedingsregels, de private sector niet. De private sector kan met aannemers onderhandelen over de prijs en als ze er niet uitkomen naar een andere aannemer gaan. De overheid mag dat op grond van de aanbestedingsregelgeving niet.

Uitgangspunt voor de overheid is dat zij transparant, non-discriminatoire en objectief te werk moet gaan bij het vergeven van overheidsopdrachten. Opdrachtverlening moet steeds plaatsvinden op basis van marktwerking. Zo zou de overheid op een objectief vastgestelde wijze de juiste marktprijs betalen.

In een eerlijke en open markt zal deze premisse juist zijn. De vraag is echter of deze open markt er in alle situaties is. Aan de hand van de diverse schaduwboekhoudingen die in het kader van deze enquête zijn bestudeerd, lijkt te kunnen worden geconcludeerd, dat kartelvorming bij aanbestedingen («vooroverleg») op meer dan incidentele basis plaatsvindt. In gevallen van vooroverleg rijst de vraag of er nog van marktwerking sprake is. In zulke gevallen werkt het instrument van aanbesteding niet en schiet het zelfs zijn doel voorbij.

Maar ook de private sector betaalt niet altijd een juiste prijs. De bouwrijverheid is veelal een regionale aangelegenheid. Dat brengt met zich dat opdrachtgevers veelal aannemers binnen hun regio uitnodigen voor het doen van offerten.

Casus

Een particuliere opdrachtnemer heeft vijf aannemers uitgenodigd. Deze vijf aannemers overleggen met elkaar en komen tot een vergelijk. Aannemer X mag als laagste inschrijven, de anderen krijgen een bedrag per kop.

De opdrachtgever vindt de laagst aangeboden prijs te hoog. Onderhandelingen over de prijs resulteren niet in een voor de opdrachtgever aanvaardbaar resultaat. Als particuliere opdrachtgever is hij niet gebonden aan formele aanbestedingsregels en gaat derhalve naar een andere aannemer. Deze aannemer was op de hoogte van de gehouden offerte-ronde en geeft, na overleg met de laagste inschrijver, een hogere aanneemsom af. De particuliere opdrachtgever keert weer terug naar de oorspronkelijke aannemer X. Deze stelt echter dat hij het werk niet meer voor de oorspronkelijk afgegeven prijs kan doen. Uiteindelijk wordt de opdracht voor de laatst afgegeven prijs gegund aan aannemer X. Zowel de aannemers uit het vooroverleg, als de later ingeschakelde aannemer delen mee in het bovenmatige deel van de offerte.

Met deze casus uit de praktijk wordt duidelijk dat niet alleen de overheid nadeel ondervindt van onoirbare gedragingen, maar ook de private sector door kartelvorming kan worden benadeeld.

2.3 Internationale en supranationale wetgeving inzake overheidsaanbesteding

2.3.1 WTO-regelgeving: Agreement on Government Procurement

In het kader van de General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) is op 12 april 1979 een overeenkomst gesloten inzake overheidsopdrachten.¹⁰

¹⁰ Gewijzigd bij overeenkomst van 2 februari 1987.

Het doel van deze GATT-overeenkomst was om op mondiaal niveau een vrij verkeer te bevorderen van goederen van ondernemingen afkomstig uit de deelnemende landen op basis van onderlinge wederkerigheid. In het kader van de Uruguay-ronde, de vierde ronde van de *multilateral trade negotiations* van de GATT (thans de World Trade Organisation (WTO)), is de wens geuit deze overeenkomst op basis van onderlinge wederkerigheid te verruimen en te verbeteren. Ook wordt voorgesteld het toepassingsgebied uit te breiden tot opdrachten voor dienstverlening.¹¹ Op 15 april 1994 is te Marrakesh (Marokko) de Agreement on Government Procurement (GPA) ondertekend.¹² De GPA is bij besluit 94/80/EG van de Raad van de Europese Unie van 22 december 1994 aanvaard.¹³ Hiermee is de GPA ook voor Nederland verbindend geworden. De GPA is op 1 januari 1996 in werking getreden. Het Koninkrijk der Nederlanden heeft de GPA ook nog apart ondertekend en geratificeerd ten behoeve van het koninkrijksdeel Aruba.¹⁴

De GPA is van toepassing op overheidsopdrachten voor leveringen, werken en diensten. Ondernemingen uit de deelnemende landen hebben op basis van onderlinge wederkerigheid het recht diensten te verrichten in en goederen te leveren aan andere deelnemende landen. In Aanhangsel I bij de overeenkomst is nauwkeurig beschreven op welke opdrachten de GPA van toepassing is. Sommige landen hebben delen van de markt uitgesloten. Op grond van het wederkerigheidsbeginsel geldt deze uitsluiting dan ook voor dat land in andere deelnemende landen. Aanbestedende diensten van partijen bij de GPA dienen de overeenkomst toe te passen ten aanzien van dienstverleners en leveranciers afkomstig uit andere landen die partij bij de overeenkomst zijn. In het kader van het onderzoek van de Enquêtecommissie Bouwnijverheid zal het directe belang van het GPA vrij gering zijn. Slechts in gevallen van grote internationale infrastructurele opdrachten, zoals de aanleg van havens of baggerwerkzaamheden in WTO-landen buiten de Europese Unie, zal de GPA rechtstreeks toepasselijk zijn.

De GPA heeft een aanmerkelijk minder strak regime dan de Europese regelgeving op het terrein van het verstrekken van overheidsopdrachten. Voorzover de Europese regels en de Nederlandse regelgeving strakkere regels bevatten dan de GPA, prevaleren de Nederlandse en Europese regels boven de GPA. Zo biedt artikel XIV van de GPA de mogelijkheid om binnen tamelijk gedetailleerde kaders bij een aanbesteding met partijen te onderhandelen. Dit is in de Europese regelgeving, in beginsel, uitgesloten. De GPA biedt alleen een minimumniveau waaraan alle deelnemende lidstaten moeten voldoen. Strengere Europese regels mogen in dat verband, liberalere regels niet. Anderzijds kende de GPA aanvankelijk ook strengere normen dan de Europese aanbestedingsregels. Inmiddels zijn de aanbestedingsrichtlijnen met richtlijn 97/52/EG hieraan aangepast.¹⁵ Een voorbeeld hiervan is de zogeheten Chinese Wall-bepaling als vervat in artikel VI, vierde lid, van de GPA.¹⁶ Dit artikel verbiedt aanbestedende diensten advies of ondersteuning bij het opstellen van specificaties voor een aanbesteding in te roepen van ondernemingen die een commercieel belang zouden kunnen hebben bij de betrokken opdracht indien daardoor de mededinging ernstig zou worden belemmerd.

In artikel XXII kan de beslechting van geschillen in het kader van de WTO-Overeenkomst, waaronder de GPA wordt gerekend, worden voorgelegd aan een Orgaan voor Geschillenbeslechting. Dit kan alleen door de deelnemende lidstaat of lidstaten en derhalve niet door de

¹¹ De tot dan geldende GATT-overeenkomst gold slechts voor leveringen en werken.

¹² Deelnemende partijen aan de GPA zijn thans Oostenrijk, België, Canada, Denemarken, de Europese Gemeenschappen, Finland, Frankrijk, De Bondsrepubliek Duitsland, Griekenland, Hong Kong (China), IJsland, Ierland, Israël, Italië, Japan, Zuid-Korea, Liechtenstein, Luxemburg, Nederland ten behoeve van Aruba, Noorwegen, Portugal, Singapore, Spanje, Zweden, Zwitserland, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten van Amerika. Verder is nog een aantal landen in onderhandeling over toetreding en een aantal landen heeft gekozen voor de waarnemersstatus.

¹³ Besluit betreffende de sluiting, namens de Europese Gemeenschap wat betreft de onder haar bevoegdheid vallende aangelegenheden, van de multilaterale handelsbeperkingen in het kader van Uruguay-ronde (1986–1994) voortvloeiende overeenkomsten, PbEG 1994, L 336/273.

¹⁴ Trb. 1995, 130 en Trb. 1996, 325, p. 4.

¹⁵ Richtlijn van 13 oktober 1997, PbEG 1997, L 328.

¹⁶ Dit verbod is verwoord in de considerans onder 10 bij de richtlijn 97/52/EG in een «ja-mits-formulering» in plaats van een «nee-tenzij-formulering». De vraag is of een dergelijke aanpassing van de regelgeving voldoende tegemoetkomt aan de in de GPA vervatte implementatieplicht.

benadeelde directbetrokkenen. De GPA stelt in het zesde lid van genoemd artikel dat «Alles in het werk wordt gesteld om de procedure zo snel mogelijk te laten verlopen». Op basis van de verder in dit artikel genoemde termijnen, zal geschilbeslechting in de aanbestedingspraktijk echter niet veel soelaas bieden. In een door de Europese Gemeenschap afgelegde verklaring is de toepasselijkheid van artikel XX ten aanzien van bepaalde categorieën aanbieders uit een aantal aan de GPA deelnemende landen uitgesloten. Daarnaast is er ook een aantal uitsluitingen ten aanzien van bepaalde categorieën overeenkomsten.¹⁷ Voor de Nederlandse praktijk – en zeker op het terrein van de bouwnijverheid – zijn deze van marginaal belang.

2.3.2 De Europese Economische Ruimte (het EER-verdrag) en Associatie-overeenkomsten

Voor de Nederlandse praktijk zijn – naast de GPA – ook nog van belang de op 2 mei 1992 te Oporto gesloten associatie-overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (het EER-Verdrag)¹⁸ en verschillende door de Europese Gemeenschappen gesloten associatie-akkoorden.

Het EER-verdrag heeft ten doel een gestage en evenwichtige versterking van de handel en de economische betrekkingen tussen de deelnemende partijen onder gelijke mededingingsvoorwaarden te bevorderen. Het verdrag voorziet in een vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal tussen de deelnemende lidstaten.¹⁹ In dat kader zijn verschillende EG-regelingen, waaronder de aanbestedingsrichtlijnen, van overeenkomstige toepassing verklaard op het territorium van de EER.

De Europese Gemeenschappen hebben met een groot aantal landen associatie-overeenkomsten gesloten, waarin onder andere afspraken zijn opgenomen over markttoegang en aanbesteding. De associatie-akkoorden met een aantal Europese landen (Europa-overeenkomsten) gaan daarin het meest ver. Aanbieders uit deze landen, veelal kandidaat lidstaten, verkrijgen op basis van deze overeenkomsten onder meer toegang tot aanbestedingsprocedures in de Gemeenschap, waarbij zij niet minder gunstig behandeld mogen worden dan aanbieders uit de Gemeenschap.²⁰ Minder vergaande rechten zijn overeengekomen met bijvoorbeeld de landen rond de Middellandse Zee, in de zogeheten Euro-Mediterrane overeenkomsten.

Door de Europese Gemeenschap gesloten verdragen maken deel uit van de communautaire rechtsorde.²¹ Voor de beantwoording van de vraag of bepalingen rechtstreekse werking hebben, dient te worden bezien of de desbetreffende bepalingen – kort gezegd – voldoende precies en onvoorwaardelijk zijn geformuleerd en rechten voor particulieren creëren. De omstandigheid dat in een verdragsbepaling dezelfde formuleringen zijn gehanteerd als in Europese regelgeving met rechtstreekse werking is nog niet voldoende om tot rechtstreekse werking van die verdragsbepaling te concluderen. Daarvoor moet naar de doelstellingen en de context van dat verdrag worden gekeken.²²

2.3.3 Overzicht van de Europese regelgeving over aanbestedingen

In het *primaire* Gemeenschapsrecht – het EG-Verdrag – neemt het vrije verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal een prominente rol in. Daarbij is het overheden niet toegestaan direct of indirect discrimi-

¹⁷ Gewijzigde algemene opmerkingen en afwijkingen van artikel III van aanhangsel I van de Europese Gemeenschap, PbEG 1995, L 134.

¹⁸ Trb. 1992, 132, goedgekeurd bij besluit van de Raad en de Commissie van 13 december 1993, PbEG 1994, L 1.

¹⁹ Thans zijn deelnemende partijen aan het EER-verdrag de Europese Gemeenschappen, Noorwegen, IJsland en Liechtenstein.

²⁰ Er zijn momenteel Europa-overeenkomsten gesloten met Polen, Hongarije, Roemenië, Bulgarije, Slowakije, Tsjechië, Letland, Litouwen, Estland, en Slovenië.

²¹ Zie bijvoorbeeld: Zaak 181/73, Haegeman, Jur. 1974, p. 449.

²² Zaken 270/80, Polydor, Jur. 1982, p. 329; Opinie 1/91, EER, Jur. 1991, p. I-6079.

nerend te handelen waardoor het interstatelijk handelsverkeer zou kunnen worden belemmerd.

Het streven van de Gemeenschap is gericht op het verwezenlijken van een gemeenschappelijke markt. Ter uitvoering van dit doel zijn voor de dagelijkse aanbestedingspraktijk met name de Europese aanbestedingsrichtlijnen, die onderdeel uitmaken van het *secundaire* communautaire recht, van belang; misschien nog wel meer dan de *primaire* Verdragsbepalingen. Deze richtlijnen geven uitwerking aan de beginselen inzake het vrije verkeer. In gevallen dat de richtlijnen geen inhoudelijke aanknopingspunten bieden, dient dan ook terug te worden gegrepen op de verdragsvrijheden zelf.²³ Deze vrijheden kunnen bovendien niet opzij worden gezet door de aanbestedingsrichtlijnen.²⁴

Het Europese aanbestedingsrecht in eigenlijke zin werd «geboren» in 1971.²⁵ In dat jaar stelde de Raad van Ministers een eerste richtlijn vast betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.²⁶ De richtlijn rustte in feite op drie pijlers: de beginselen van transparantie, non-discriminatie en objectiviteit. Deze beginselen vormen nog steeds het fundament van het gehele aanbestedingsrecht.

In 1976 werd een op dezelfde leest geschoeide richtlijn voor leveringen vastgesteld.²⁷ Hierna bleef het een hele tijd stil. Het aanbestedingsrecht mocht zich dan ook niet in een algemene bekendheid verheugen. Pas in 1985, met het verschijnen van het Witboek over het voltooiën van de interne markt van Commissievoorzitter Delors, werden voorstellen gedaan tot aanscherping van de richtlijnen en van het toezicht op de naleving.²⁸ Meteen werd het duidelijk dat op dit terrein een grote verbetering voor de praktijk zou kunnen worden gerealiseerd door een einde te maken aan het beleid van voorkeur voor alles wat nationaal en zelfs regionaal was, ten nadele van andere deelnemers in de gemeenschappelijke markt. Naar aanleiding van dit Witboek werden er twee nieuwe richtlijnen opgesteld voor terreinen waarvoor tot dusver geen regelgeving bestond: voor het verrichten van diensten en voor het aanbesteden in de nutssectoren. Daarmee werd het gehele veld op het terrein van overheidsopdrachten gedekt.

2.3.4 Europese richtlijnen

Begin jaren negentig zijn vier richtlijnen voor de vier categorieën overheidsopdrachten tot stand gekomen, die de procedures voor aanbestedingen codificeerden:

- de richtlijn van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor *dienstverlening*, 92/50/EEG (PbEG 1992, L 209);
- de richtlijn van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor *leveringen*, 93/36/EEG (PbEG 1993, L 199);
- de richtlijn van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor *werken*, 93/37/EEG (PbEG 1993, L 199); met name deze richtlijn is voor overheidsopdrachten aan de bouwnijverheid van belang;
- de richtlijn van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (de *nutssectoren*), 93/38/EEG (PbEG 1993, L 199).

²³ Bijvoorbeeld: HvJ EG van 20 september 1987, zaak 31/87, Beentjes, Jur. 1988, p. 4635 e.v.

²⁴ Zie ook zaak C-21/88, Dupont, Jur. 1991, p. I-889.

²⁵ Pijnacker Hordijk, E.H., en G.W. van der Bend, Handboek van het Nederlandse aanbestedingsrecht, 2e druk, Sdu uitgevers, Den Haag 1999, p. 16.

²⁶ Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971, PbEG 1971, L 185. Deze richtlijn is herhaaldelijk gewijzigd en uiteindelijk met ingang van 1 juli 1994 vervangen door Richtlijn 93/37/EEG.

²⁷ Richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, PbEG 1977, L 13.

²⁸ COM (85) 310 def.

Deze vier richtlijnen zijn gewijzigd – de eerste drie bij richtlijn 97/52/EG en de laatste bij richtlijn 98/4/EG – om de regelgeving op één lijn te brengen met de WTO-regelgeving.²⁹

Als sluitstuk zijn twee richtlijnen opgesteld, die minimumeisen stellen aan de nationale wet- en regelgeving op het punt van de rechtsbeschermende maatregelen tegen schending van de diverse aanbestedingsrichtlijnen.

Het betreft de volgende richtlijnen:

- de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, 89/665/EEG (PbEG 1989, L 395);
- de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 25 februari 1992 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake procedures voor het plaatsen van opdrachten voor diensten die werkzaam zijn in de sectoren water-, energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, 92/13/EEG (PbEG 1992, L 76).

Europese richtlijnen dienen te worden omgezet in dwingende regels van nationaal recht (artikel 249 EG). Het is aan de lidstaten zelf om vorm en middelen te kiezen waarmee de implementatie van de desbetreffende richtlijn wordt verzekerd. Het door de richtlijn beoogde resultaat dient evenwel te worden verzekerd op een wijze dat de volledige effectiviteit van de richtlijn op duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze is gewaarborgd.

De interpretatie van begrippen die worden gehanteerd in richtlijnen en in Gemeenschapsregelgeving in het algemeen is voorbehouden aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Alleen wanneer zulks in Gemeenschapsregelgeving uitdrukkelijk is bepaald, zijn de nationale autoriteiten zelf bevoegd tot interpretatie of invulling van in Gemeenschapsregelgeving gehanteerde begrippen.³⁰ In alle andere gevallen dienen deze begrippen autonoom en communautair te worden uitgelegd en dient de nationale rechter voor de uitleg de criteria van het CILFIT-arrest³¹ in acht te nemen en zo nodig prejudiciële vragen te stellen (ook dus als het de nationale implementatiewetgeving betreft).

De vier genoemde aanbestedingsrichtlijnen geven op een vrij gedetailleerde wijze procedurevoorschriften met betrekking tot:

- voorschriften met betrekking tot de categorieën opdrachtgevers en categorieën opdrachten waarop de richtlijnen zich richten en het toepassingsbereik van de richtlijnen;
- een beschrijving van de diverse soorten aanbestedingsprocedures en hun toepassingsmogelijkheden;
- voorschriften met betrekking tot bekendmaking van opdrachten;
- regels inzake technische specificaties;
- regels ten aanzien van selectie van potentiële opdrachtnemers;
- voorschriften met betrekking tot de beoordeling van aanbiedingen.

Het gaat hier om coördinatierichtlijnen. Deze beogen niet het bestreken terrein te harmoniseren. De aanbestedingsrichtlijnen hebben slechts tot doel, dat de in deze richtlijnen geregelde aspecten door de lidstaten in acht worden genomen. De coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten is hoofdzakelijk bedoeld ter bescherming van de

²⁹ Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 tot wijziging van de richtlijnen 92/50/EEG, 93/36/EEG en 93/37/EEG (PbEG 1993, L 328) en richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 tot wijziging van richtlijn 93/38/EG (PbEG 1998, L 101).

³⁰ Zaak 327/82, EKRO, Jur. 1984, p. 107.

³¹ Zaak 283/81, CILFIT, Jur. 1982, p. 3415.

belangen van in een lidstaat gevestigde aanbestedende marktdeelnemers, die goederen of diensten wensen aan te bieden aan aanbestedende diensten die in andere lidstaten zijn gevestigd. Zij strekken er dus toe het risico uit te sluiten, dat een aanbestedende dienst bij het plaatsen van opdrachten zich door andere dan economische overwegingen laat leiden.³²

Zoals uit de aanhef en de tweede en de tiende overweging van de considerans van de Richtlijn Werken blijkt, beoogt de richtlijn de beperkingen van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken op te heffen teneinde deze opdrachten voor een daadwerkelijke mededinging open te stellen. Voor de ontwikkeling van deze daadwerkelijke mededinging is noodzakelijk dat, zoals in de tiende overweging van de considerans wordt verduidelijkt, de aankondigingen van de desbetreffende opdrachten op communautair niveau bekend worden gemaakt.³³ Doel is derhalve het vervolmaken van de gemeenschappelijke markt. De richtlijnen zijn daartoe een middel.

Wat de geregelde aspecten betreft beschikken de lidstaten daarbij uitsluitend over beleidsvrijheid, voorzover de richtlijn dat zelf toestaat.³⁴ Zo beschikken de lidstaten niet over de bevoegdheid door middel van een nadere definiëring van het begrip «aangebestede dienst» de reikwijdte van de richtlijn zelf te bepalen. Dat kan bij de implementatie, dan wel bij de praktische uitvoering interpretatieproblemen met zich brengen, terzake waarvan dan een standpunt zal moeten worden ingenomen. Dergelijke interpretatieproblemen hebben evenwel niet tot gevolg dat de lidstaten daardoor over een eigen discretionaire bevoegdheid beschikken. Wat de niet geregelde aspecten aangaat, beschikken de lidstaten uiteraard over beleidsvrijheid. Daarbij dienen zij evenwel de normen die voortvloeien uit het EG-Verdrag zelf, in het bijzonder het vrije verkeer en het non-discriminatiebeginsel, in acht te nemen. Ook mogen zij het nuttig effect van de richtlijnen niet teniet doen.

Uit de jurisprudentie mag worden geconcludeerd, dat diverse bepalingen uit de aanbestedingsrichtlijnen rechtstreekse werking hebben. In alle gevallen waarin de bepalingen van een richtlijn inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, zijn particulieren gerechtigd op deze bepalingen een beroep te doen tegenover de desbetreffende lidstaat, wanneer deze hetzij verzuimt de richtlijn binnen de gestelde termijn in nationaal recht om te zetten, hetzij dit op onjuiste wijze doet.³⁵

Inhoud Europese aanbestedingsregels in hoofdlijnen

Ratio: vrij economisch verkeer tussen lidstaten.

Gelden voor (subjecten):

- Staat (ministeries, rijksdiensten), provincies, gemeenten, waterschappen;
- Publiekrechtelijke instellingen = instelling met rechtspersoonlijkheid + opgericht met het doel om algemeen belang te dienen + waarvan de aanbestedende dienst óf > 50% financiert óf toezicht uitoefent óf > 50% van het bestuur benoemt;
- Verenigingen of samenwerkingsverbanden bestaande uit bovengenoemde lichamen;
- Nutssectoren.

Betreffen (objecten):

- Werken (bouwproduct, wegenbouw);
- Leveringen (aankoop, leasing, huur of huurkoop van producten);
- Diensten (restcategorie – «vangnet»).

³² Zaak 380/98, University of Cambridge, Jur. 2000, p. I-8035; C-237/99, Commissie Frankrijk, Jur. 2001, p. I-939; zaken C-285–286/99, Lombardini en Mantovani, arrest van 27 november 2001, Jur. 2001, p. I-9233.

³³ HvJ EG van 12 juli 2001, zaak C-399/98, Ordine degli Architetti della province di Milano («Scala-arrest»), Jur. 2001, p. I-5409, BR 2002, nr. 1.

³⁴ Zie zaak 27–29/86, CEI en Bellini, Jur. 1987, 3347.

³⁵ Zie wat de aanbestedingsrichtlijnen betreft bijvoorbeeld zaken 31/87, Beentjes, Jur. 1988, p. 4635 en C-76/97, Tögel, Jur. 1998, p. I-5357.

Drempelwaarde voor (bouw)werken:

- Meer dan € 6,2 miljoen.

Procedures³⁶:

- A. Openbare procedure: aanbesteder kondigt opdracht aan, met vermelding van objectieve selectie- en gunningsprocedures; leveranciers dienen offerte in naar aanleiding van publicatie in Publicatieblad EG;
- B. Niet-openbare procedure (procedure met voorselectie): aanbesteder maakt objectieve selectiecriteria bekend; leveranciers melden zich; aanbesteder selecteert gegadigden en maakt vooraf gunningscriteria bekend; aanbesteder gunt opdracht.

Onder bijzondere omstandigheden mag een aanbesteder ook kiezen voor (C.) een onderhandelingsprocedure mét, respectievelijk (D.) zónder voorafgaande bekendmaking.

Selectiecriteria:

- Uitsluitingsgronden, bijvoorbeeld faillissement;
- Inschrijving in het handelsregister;
- Draagkracht opdrachtnemer;
- Kwaliteitswaarborgen;
- Gelijke behandeling voor alle opdrachtnemers in de Europese Unie.

Gunningscriteria:

- Laagste prijs of:
- Economisch voordeligste aanbieding (gelet op bestekcriteria; verhouding prijs-kwaliteit).

Bron: *Europees aanbesteden: haal pegels uit die regels!*, Ministerie van Economische Zaken, oktober 1999.

2.3.5 Omzetting in nationale regelgeving

De meeste landen hebben gekozen voor een volledige omzetting van de communautaire aanbestedingsregelgeving in nationale regelgeving. Dit geeft de mogelijkheid deze regelgeving volledig in te bedden in de nationaal-rechtelijke context. Op deze wijze kunnen de aanbestedingsregels ook beter tot een logisch en hanteerbaar complex van regels worden omgevormd. Dat dit overigens niet altijd zonder kleerscheuren gebeurde, moge blijken uit de destijds tegen onder meer Duitsland en Ierland gestarte procedures.³⁷ De Commissie was van mening dat deze lidstaten bij de omzetting naar hun nationale recht op te veel punten afweken van de aanbestedingsrichtlijnen. Beide landen hebben hun wetgeving moeten aanpassen overeenkomstig de wensen van de Commissie. Dat omzetting moeilijk is, moge ook blijken uit het feit dat de lidstaten ieder hun eigen rechtssysteem hebben en er op verschillende punten grote discrepanties zijn tussen de communautaire begrippen en nationale rechtskaders.

Een kleine minderheid van de lidstaten, waaronder Nederland, heeft besloten de aanbestedingsrichtlijnen via verwijzing in zijn wetgeving te implementeren. Hierop wordt nog teruggekomen.

2.3.6 Knelpunten en voorgenomen veranderingen

«Een doelmatig beleid inzake overheidsopdrachten is van fundamenteel belang voor het succes van de interne markt als geheel.» Met deze zin begint het op 27 november 1996 verschenen Groenboek: De overheidsopdrachten in de Europese Unie: Beschouwingen over een toekomstig beleid.³⁸ De Commissie constateert in het Groenboek de gedeeltelijke en onvollledige omzetting van de aanbestedingsrichtlijnen door de lidstaten en het betrekkelijk geringe economische effect van het beleid van de

³⁶ Zie bijlage 1 voor een meer gedetailleerd overzicht.

³⁷ Zie onder meer HvJ EG van 22 september 1976, zaak 10/76, Commissie – Italië, Jur. 1976, p. 1359, en HvJ EG van 2 mei 1996, zaak C-253/95, Commissie – Duitsland, Jur. 1996, p. I-2423.

³⁸ Mededeling van de Commissie (COM 96/583).

Commissie. Als een tweede knelpunt signaleert de Commissie dat de verwachte prijsdalingen, de toename van commerciële handelsstromen over de binnengrenzen van de Unie en de stijging van het aantal leveranciers tot dan zijn achtergebleven.

Hiermee ging de Commissie (deels) voorbij aan de paradox tussen de vigerende regelgeving en de voortschrijdende tendens van een geobjectiverde «aanbestedingseconomie» naar een interactieve «onderhandelings-economie». De richtlijnen leken, en lijken, weinig aan te sluiten op veel delen van het praktische verwervingsproces.³⁹ Er lijkt zich een tendens af te tekenen naar steeds complexere opdrachten, zoals «design and construct»-overeenkomsten en andere varianten op innovatieve contractvormen. Ook blijkt een groeiende behoefte te bestaan aan verdergaande samenwerkingsverbanden tussen opdrachtgever en opdrachtnemer, in het kader publiek-private samenwerking (PPS-contracten). Deze ontwikkelingen stimuleren de wens bij bouwondernemers en overheid tot meer mogelijkheden voor onderhandelingen; een interactieve onderhandelings-economie. De richtlijnen bieden echter relatief weinig mogelijkheden voor onderhandelingen. Deze gaan uit van het beginsel zoveel mogelijk opdrachten te verlenen op basis van een transparant aanbestedingsmodel. De thans in het wetgevend pakket van mei 2000 geïntroduceerde mogelijkheid voor het voeren van een *concurrentiële dialoog* (competitive dialogue) is een duidelijke erkenning van en een tegemoetkoming aan deze wens om meer met opdrachtnemers te kunnen overleggen.⁴⁰

In het Groenboek werden alle betrokkenen uitgenodigd om hun visies op de Europese aanbestedingsrichtlijnen te ventileren. Mede aan de hand van de ontvangen reacties, verscheen op 11 maart 1998 een Witboek van de Commissie, waarin zij haar prioriteiten voor een toekomstig beleid op het terrein van overheidsopdrachten uiteen zette.⁴¹ Dit beleid zou onder meer worden vormgegeven door wijzigingen in de aanbestedingsrichtlijnen en door het publiceren van interpretatieve verklaringen. Hiermee beoogde de Commissie de algemeen geuite kritieken over een te weinig tegemoet komen van de richtlijnen aan de dagelijkse praktijk en de geconstateerde inflexibiliteit van de richtlijnen weg te nemen. Inmiddels was wel duidelijk dat de lidstaten geen behoefte hadden aan ingrijpende wijzigingen van de regelgeving. Sommige lidstaten, zoals de Bondsrepubliek Duitsland, wensten eigenlijk helemaal geen wijzigingen van de richtlijnen.

Voorgenomen veranderingen

Op 10 mei 2000 verscheen een door de Commissie gepresenteerd pakket van voorgestelde maatregelen met betrekking tot aanpassing van de bestaande aanbestedingsrichtlijnen, het zogeheten «wetgevend pakket».⁴² De Commissie streeft met de voorgestelde maatregelen ernaar markt-leidend te worden en niet alleen marktvolgend. In dit pakket van voorstellen vallen de veranderingen uiteen in twee categorieën. Enerzijds de niet-substantiële wijzigingen, die bedoeld zijn om de richtlijnen meer gebruikersvriendelijk te maken en – naar de wens van de Commissie – daarmee ook gemakkelijker toepasbaar te maken. Daartoe heeft de Commissie voorgesteld de aanbestedingsrichtlijnen voor de klassieke overheidssector samen te voegen tot één richtlijn. Na deze exercitie zullen er nog twee richtlijnen over zijn: één richtlijn voor de klassieke overheid en één richtlijn voor de nutssectoren. Daarmee zal het huidige kunstmatige onderscheid tussen procedures voor diensten, leveringen en werken zijn opgeheven. Anderzijds zijn substantiële wijzigingen voorzien. Deze zijn voorgesteld om een grotere flexibiliteit te introduceren, zoals onder meer de «concurrentiële dialoog», en de richtlijnen zodanig aan te

³⁹ Zie onder meer de reactie van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht, Jaarboek 1998 N.V.v.A., Van Romburgh, H.D. (red.), Samsom, Alphen aan de Rijn, 1998.

⁴⁰ Over deze nieuwe procedure is echter nog veel discussie en de vertegenwoordigers van de diverse lidstaten veranderen nog regelmatig van standpunt. Dat de procedure van de concurrentiële dialoog er zal komen, lijkt inmiddels wel vast te staan. Hoe de exacte tekst zal gaan luiden is evenwel nog niet duidelijk.

⁴¹ Mededeling overheidsopdrachten in de Europese Unie, COM (1998) 142 def.

⁴² COM (2000) 275 & 276 def.

passen dat rekening kan worden gehouden met zaken als liberalisatie en elektronisch aanbesteden.⁴³

Naar verwachting – maar dit is geheel afhankelijk van de te volgen co-decisieprocedure – zullen de nieuwe richtlijnen in 2004 in werking treden.⁴⁴ Op 21 mei 2002 is over een gewijzigd voorstel voor de nieuwe richtlijnen in de Raad van Ministers een politiek akkoord bereikt.⁴⁵ Van de zijde van het Europese Parlement zijn tijdens de eerste lezing op 17 januari 2002 echter veel amendementen ingediend. De wijzigingsrichtlijn voor de nutssectoren loopt iets op de wijzigingsrichtlijn voor de klassieke overheid achter.

2.3.7 Toezicht, handhaving en rechtspraak Europese aanbestedingsregelgeving

Algemeen

Bij het toezicht op de naleving van Europese aanbestedingsregelgeving is een belangrijke rol weggelegd voor de Commissie. Ingevolge artikel 211 EG ziet de Commissie toe op de toepassing van het Gemeenschapsrecht. Indien de Commissie van oordeel is dat de aanbestedingsrichtlijnen door een lidstaat niet of incorrect worden nagekomen, kan de Commissie op de voet van artikel 226 EG een inbreukprocedure starten bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Daaraan vooraf gaat een briefwisseling waarin de Commissie de desbetreffende lidstaat ter zake om opheldering vraagt. Dergelijke brieven kunnen door de Commissie worden opgesteld – zoals vaak het geval is – naar aanleiding van klachten van particulieren, maar ook op eigen initiatief.⁴⁶ Inbreukprocedures kunnen niet alleen worden ingesteld wanneer de implementatie van Europese richtlijnen in het nationale wettelijke kader in de desbetreffende lidstaat niet tijdig of niet correct heeft plaatsgevonden,⁴⁷ maar ook indien de feitelijke naleving onvoldoende is.

De Commissie kan in dit kader uitsluitend de lidstaat zelf aanspreken. Indien een Nederlandse aanbestedende dienst de aanbestedingsrichtlijnen niet naleeft, wordt de lidstaat Nederland daarop aangesproken en niet de desbetreffende dienst. De vraag of de (centrale) regering invloed kan uitoefenen op de naleving door de aanbestedende diensten, doet daarbij niet ter zake. Dat is een interne aangelegenheid van de lidstaat zelf. Zelfs constitutionele belemmeringen doen de communautaire aanspreekbaarheid van de lidstaat voor handelingen van constitutioneel van de staat onafhankelijke instituties niet teniet gaan. Deze problematiek speelt niet alleen bij lidstaten met een federale structuur, maar ook, zoals later aan de orde zal komen, in Nederland in relatie tot decentrale overheden.

De Commissie heeft niet de bevoegdheid om zelf onderzoek ter plekke te verrichten, maar is afhankelijk van de informatie die wordt aangeleverd door de lidstaat zelf. Ook in dit opzicht is de lidstaat dus aanspreekpunt voor de Commissie. Het is een interne aangelegenheid van de lidstaat op welke wijze de benodigde gegevens worden verzameld om door de Commissie gestelde vragen te kunnen beantwoorden.

Aanbestedingsrichtlijnen

De aanbestedingsrichtlijnen zelf bevatten verschillende specifieke informatiebepalingen. Artikel 34 van de Richtlijn Werken regelt de verplichting voor lidstaten om statistische informatie aan de Commissie te verstrekken zodat de Commissie de resultaten van de toepassing van de richtlijn kan beoordelen.

Daarnaast bevat de richtlijn voor de aanbestedende diensten zelf verschillende informatieverplichtingen die betrekking hebben op de

⁴³ Zie voor een kort en helder overzicht van het wetgevend pakket: L.W. Gormley, «Some Procurement Issues worth recalling», Jaarboek 2000 N.V.v.A., Van Romburgh, H.D. (red.), Kluwer, Alphen aan de Rijn, 2001, p. 26 e.v.

⁴⁴ Aldus Eurocommissaris mr.dr.s. F. Bolkestein in een toespraak op het lustrumcongres van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht op 24 november 2000, Jaarboek 2000 N.V.v.A., t.a.p., p. 43 e.v. Vooralsnog zijn er geen aanwijzingen dat deze datum bijstelling zou behoeven.

⁴⁵ Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen diensten en werken (COM (2002) 236 def.).

⁴⁶ Het aantal ingediende klachten tegen Nederland op het terrein van werken is zeer gering. In de periode tussen 1999 en 2001 betroffen dit in het totaal zeven klachten.

⁴⁷ Onder meer zaken tegen Italië, Frankrijk, Bondsrepubliek Duitsland, Spanje en Griekenland.

kenbaarheid van individuele aanbestedingen en op afwijkingen van (Europese) technische normen. De Richtlijn Nutssectoren bevat vergelijkbare bepalingen.

De rechtsbeschermingsrichtlijnen geven de Commissie de bevoegdheid om bij kennelijke en duidelijke schendingen van de communautaire voorschriften inzake overheidsaanbestedingen in te grijpen. De Commissie stelt de lidstaat en de betrokken aanbestedende dienst daarvan in kennis met het verzoek de schending ongedaan te maken. De lidstaat dient de Commissie binnen een periode van 21 dagen te antwoorden. Indien het antwoord niet bevredigend is, kan een inbreukprocedure tegen de betrokken lidstaat volgen. Deze procedure laat de bevoegdheden van de Commissie in het kader van artikel 226 EG onverlet.⁴⁸

2.4 Nederlandse aanbestedingsregelgeving

2.4.1 Hoofdlijnen

Het Nederlandse stelsel

Richtlijnen dienen te worden «geïmplementeerd» of «getransponeerd» in het nationale recht van de lidstaten.⁴⁹ Nederland heeft gekozen voor een systeem van verwijzingswetgeving.

In het op de Comptabiliteitswet gebaseerde Besluit aanbesteding van werken 1973⁵⁰ werd, slechts met een korte verwijzing naar de toenmalige richtlijn voor werken (71/305/EEG), de aanbestedingsregelgeving in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd. Voor de decentrale overheden werd wel het instrument van een wet in formele zin gebruikt: de Wet aanbesteding van werken lagere publiekrechtelijke lichamen.⁵¹ De in 1978 van kracht geworden richtlijn voor leveringen⁵² werd in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd met de Wet overheidsopdrachten voor leveringen van producten.⁵³ Hierbij valt op dat met betrekking tot de implementatie van de richtlijn Werken voor de centrale overheid volstaan kon worden met een algemene maatregel van bestuur. Voor de implementatie van de richtlijnen voor leveringen en werken ten aanzien van de decentrale overheid werd echter met een wet in formele zin voor de parlementaire weg gekozen.

De aanbestedingsregelgeving heeft lange tijd als een non-issue in de Nederlandse samenleving gefunctioneerd. Het was verbrokkelde wetgeving, die niet uitblonk door duidelijkheid en inzichtelijkheid. Soms hanteerde de wetgever de techniek van statische verwijzing en soms van dynamische verwijzing waarbij automatisch wordt aangesloten op de laatstgeldende Europese rechtsregels en -bepalingen zoals bij opdrachten voor werken het geval is.⁵⁴ Het ad hoc-implementatiebeleid leidde tot een niet-transparante en weinig samenhangende aanbestedingswetgeving in Nederland. Er bestaat geen duidelijk inzicht over de naleving van de tot dan geldende aanbestedingsregels in deze periode. Aangenomen moet worden dat de regels, mede gegeven het ontbreken van adequaat nationaal toezicht en het gemis van voldoende draagvlak, zich niet op een al te grote bekendheid mochten verheugen.

⁴⁸ Zaken C-359/93, Commissie – Nederland (Unix), Jur. 1995, p. I-157; C-353/96, Commissie – Ierland, Jur. 1998, p. I-8565.

⁴⁹ Zie uitgebreider Wedekind, W. G. Ph. E., *Aanbesteden, een hele opdracht*, t.a.p., p. 7.

⁵⁰ Stb. 1973, 202, laatstelijk gewijzigd 31 mei 1994, Stb. 381; door inwerkingtreding van artikel 4, eerste lid, van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen (Stb. 2001, 274) per 1 september 2001 vervallen.

⁵¹ Walapuli, Stb. 1977, 669, ingetrokken bij Koninklijk Besluit van 30 mei 1994 (Stb. 378). Voordat de Walapuli tot stand was gekomen, werd simpel volstaan met een Circulaire van de Minister van Binnenlandse Zaken van 26 juli 1972 (Stcrt. 149).

⁵² Richtlijn 77/62/EEG, PbEG 1977, L 13.

⁵³ Stb. 1979, 334. Met de inwerkingtreding van artikel 4, tweede en derde lid, van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen ingetrokken (Koninklijk Besluit van 30 mei 1994, Stb. 378).

⁵⁴ Zie onder meer Van der Meent, G.W.A., *Overheidsaanbestedingen: De EG-rechtelijke context*, diss., Kluwer, 1995, p. 175 e.v.

Functies en oogmerken van aanbestedingsregels:

Functies:

- Bewerkstelligen van transparantie
- Objectivering van het bestek
- Explicitering van gedragsregels voor leveranciers
- Explicitering van gedragsregels voor het gunnen van opdrachten

Oogmerken:

- Efficiëntere overheidshuishouding
- Het bieden van gelijke kansen aan leveranciers (non-discriminatie)
- Meer waarborgen van integriteit van het openbaar bestuur

«Het is opvallend dat Nederland, met uitzondering van de bouwsector, geen eigen traditie kent van aanbestedingsregels. Afgezet tegen de grote omvang van de overheidsinkopen is het opmerkelijk dat altijd via budgettaire instrumenten (macro) en niet met concurrentie-instrumenten (micro) is gestuurd op de efficiency.»

Bron: *Europees aanbesteden: haal pegels uit die regels!*, Discussienota Ministerie van Economische Zaken, Oktober 1999, p. 14–17.

Ook op Europees niveau kwam de Europese Commissie pas in 1987 met de Dundalk-zaak voor het eerst echt in actie wegens schending van de aanbestedingsregelgeving.⁵⁵ Na deze periode begon de aandacht van de Commissie voor de naleving toe te nemen.

Raamwet

Pas na de totstandkoming van de Richtlijn Nutssectoren⁵⁶ heeft de Nederlandse overheid besloten tot een andere methode voor de wijze van implementatie van de regelgeving op het terrein van overheidsopdrachten:⁵⁷ de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen.⁵⁸ Deze raamwet moest de kapstok worden voor het gehele aanbestedingsrecht in Nederland.

De Raamwet vindt zijn zwaartepunt in artikel 2: «Bij algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld die strekken tot uitvoering van een communautaire maatregel inzake aanbestedingen». Met de behandeling van de Raamwet was het de laatste keer dat de beide kamers van de Staten-Generaal zich over de aanbestedingsregelgeving hebben moeten buigen. Vanaf dat moment kon alles worden geregeld door middel van algemene maatregelen van bestuur. Een gedachte daarbij was dat consultatie van het parlement daardoor tot een minimum kon worden teruggebracht; hetgeen tot tijdwinst zou leiden.⁵⁹ De Raad van State adviseerde instemmend over het voorstel van wet. De Tweede Kamer heeft nog wel op een voorhangprocedure aangedrongen,⁶⁰ maar de regering hield het been stijf. Een voorhangprocedure zou te veel tijdverlies met zich brengen.⁶¹ Bij deze raamwet had een voorhangprocedure, gegeven de mogelijkheid voor het parlement zijn controle-taken te kunnen uitoefenen, wellicht in de rede gelegen. Daarbij moet echter worden opgemerkt, dat een voorhangprocedure altijd wel een «lapmiddel» is. Uitgangspunt is immers dat een duidelijke keuze wordt gemaakt tussen wat in een wet wordt geregeld en wat in een algemene maatregel van bestuur.⁶² Als parlementaire betrokkenheid bij de totstandkoming van regelgeving wenselijk wordt geacht is de wet in formele zin de geschikte weg. Voorhangprocedures waren, behoudens bij het

⁵⁵ HvJ EG van 22 september 1988, zaak 45/87, Commissie/Ierland – «Dundalk-zaak», Jur. 1988, p. 4929.

⁵⁶ Later vervangen door richtlijn 93/38/EEG.

⁵⁷ Vgl. Kamerstukken II, 1991–1992, 22 669, nr. 3, p. 4 (MvT Raamwet).

⁵⁸ Stb. 1993, 212.

⁵⁹ Kamerstukken II, 1991–1992, 22 669, nr. 3, p. 1 (MvT Raamwet).

⁶⁰ Een voorhangprocedure is een vorm van gecontroleerde delegatie. Gecontroleerde delegatie houdt in dat voorschriften bij lagere regeling kunnen worden vastgesteld maar dat een voorontwerp daarvan of de regeling zelf voordat zij in werking treedt, ter kennis van het parlement wordt gebracht. Het parlement moet dan enige tijd in de gelegenheid worden gesteld opmerkingen over het ontwerp of de regeling te maken en daarover met de betrokken bewindspersoon van gedachten te wisselen (Toelichting bij Aanwijzing 36 van de Aanwijzingen voor de regelgeving).

⁶¹ Kamerstukken II, 1991–1992, 22 669, nr. 5, p. 5 (MvA Raamwet).

⁶² Zie ook Aanwijzing 35 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

ministerie van Onderwijs en Wetenschappen, begin jaren negentig van de vorige eeuw bovendien geen gebruikelijke methode van wetgeving.

Aan de Raamwet wordt invulling gegeven door het Besluit overheidsaanbestedingen⁶³ en het Besluit aanbestedingen nutssector.⁶⁴ In het Besluit overheidsaanbestedingen worden door middel van verwijzing de drie richtlijnen voor de klassieke overheid (werken, leveringen en diensten) in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd. Met het Besluit overheidsaanbestedingen nutssector wordt dit via dezelfde methode gedaan voor opdrachtverlening voor werken, leveringen en diensten door de nutssectoren.

Uniform aanbestedingsreglement

De «feitelijke» implementatie van de aanbestedingsregelgeving voor de klassieke overheid was neergelegd in het Uniform Aanbestedingsreglement 1986 (UAR 1986)⁶⁵ voor de uitvoering van werken met een geraamde waarde van kleiner dan 5 miljoen Speciale Trekkingsrechten van het Internationaal Monetair Fonds (thans overeenkomende met een waarde van ongeveer 6,2 miljoen Euro). Voor werken boven de in de Richtlijn Werken genoemde drempel geldt het Uniform Aanbestedingsreglement EG 1991 (UAR-EG 1991).⁶⁶ In het «Besluit aanbesteding van werken 1973» werd ten aanzien van aanbestedingen door de rijksoverheid bepaald, dat in die gevallen dat het Besluit overheidsaanbestedingen van toepassing is, het Uniform Aanbestedingsreglement EG 1991 van toepassing is. Het Besluit aanbesteding van werken 1973 is, door het in werking treden van artikel 4, eerste lid, van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen, echter per 1 september 2001 komen te vervallen.

De verplichte toepassing van het UAR 2001 en het UAR-EG 1991 door de ministeries van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, van Verkeer en Waterstaat en van Defensie (de drie «bouwdepartementen») is sinds 1 september 2001 gebaseerd op de Beleidsregels aanbesteding van werken van de staatssecretaris van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, de minister van Verkeer en Waterstaat en de staatssecretaris van Defensie.⁶⁷ Deze beleidsregels gelden formeel slechts voor aanbestedingen die plaatsvinden door deze drie ministeries.

Ten tijde van het Besluit aanbesteding van werken van 1973 golden het UAR 1986 en het UAR-EG 1991 nog voor alle organen van de centrale overheid. In de praktijk blijken echter ook het ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij en vele andere decentrale overheden en semi-overheden het UAR 2001 of het UAR-EG 1991 toe te passen.

De juridische status van de uniforme aanbestedingsreglementen zelf is, na het vervallen van het Besluit aanbesteding van werken 1973 per 1 september 2001, niet echt duidelijk. Zij zijn vastgesteld door de betrokken bewindslieden door middel van beleidsregels. Aan deze reglementen ligt geen formele wettelijke bepaling ten grondslag. Zij leggen aanbestedende diensten geen verplichtingen op, maar geven slechts modellen voor aanbestedingsprocedures. In feite is er sprake van een soort van pseudo-wetgeving, waaraan een deel van de overheid zichzelf onderwerpt.

Daarbij dient overigens de hiërarchie van normen niet uit het oog te worden verloren. Indien een aanbestedingspraktijk of aanbestedingsreglement in strijd komt met enige bepaling van een van de aanbestedingsrichtlijnen, is dat in strijd met de wettelijke bepalingen, waarbij in het bijzonder de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen en het Besluit

⁶⁴ Stb. 1993, 214, laatstelijk gewijzigd op 6 mei 2002, Stb. 246.

⁶⁵ Regeling van 2 juni 1986 (Stcrt. 118), gewijzigd bij regeling van 9 juli 1986 (Stcrt. 138). Het UAR 1986 is per 1 september 2001 vervalten. Het UAR 2001 (Stcrt. 2001, 113) is per die datum hiervoor in de plaats getreden.

⁶⁶ Regeling van 15 november 1991 (Stcrt. 228), laatstelijk gewijzigd bij regeling van 16 november 2001, Stcrt. 241.

⁶⁷ Vastgesteld op 9 mei 2001 (nr. 4502001001241), Stcrt. 2001, 113 (gewijzigd bij regeling van 16 november 2001, Stcrt. 241).

overheidsaanbestedingen van belang zijn. Het is niet toegestaan het kader van de wet te buiten te gaan.

2.4.2 Toezicht en handhaving aanbestedingsregelgeving in Nederland

Kader

De Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen regelt dat bij algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gesteld:

- die strekken ter uitvoering van een communautaire maatregel inzake aanbestedingen (artikel 2, eerste lid);
- ten aanzien van het verstrekken van informatie door aanbestedende (overheids)diensten en daarmee gelijkgestelde bedrijven en instellingen aan de minister van Economische Zaken en aan de Commissie voor zover dat noodzakelijk is ingevolge communautaire verplichtingen.

In artikel 8 van het Besluit overheidsaanbestedingen is bepaald, dat de aanbestedende diensten aan de minister van Economische Zaken (spontaan) de gegevens verstrekken die deze nodig heeft om het statistisch overzicht te verstrekken. Een dergelijk overzicht dient ingevolge de Richtlijn Werken eens in de twee jaren aan de Europese Commissie te worden verstrekt.

Voorts voorziet artikel 8, tweede lid, van het Besluit overheidsaanbestedingen in de verplichting voor aanbestedende diensten om op verzoek van de minister van Economische Zaken gegevens betreffende het afwijken van (Europese) technische normen te verstrekken.

Artikel 10 van het Besluit verplicht aanbestedende diensten om desgevraagd bepaalde informatie aan de Commissie te verstrekken. Deze informatieverplichtingen vloeien voort uit specifiek daarop gerichte bepalingen in de Richtlijn Werken.

In de artikelen 6, 8 en 10 van het Besluit aanbestedingen nutssector zijn gelijksoortige bepalingen opgenomen, toegesneden op de specifieke kenmerken van de procedures voor aanbestedingen in de nutssector.

Het wettelijk stelsel voorziet niet in een algemene informatieverplichting voor aanbestedende diensten en daarmee gelijkgestelde ondernemingen. Het gevolg hiervan is onder andere dat indien de Commissie in het kader van artikel 226 EG Nederland verzoekt om het verstrekken van informatie, de minister van Economische Zaken nauwelijks beschikt over juridische instrumenten om de benodigde informatie te verkrijgen van de aanbestedende diensten. Alleen de beperkte informatieverplichtingen van het Besluit overheidsaanbestedingen en het Besluit aanbestedingen nutssector staan tot zijn beschikking. Al dan niet vrijwillige medewerking is echter mogelijk. De Wet bescherming persoonsgegevens kan daarbij overigens een complicatie oproepen indien privacygevoelige gegevens worden verstrekt zonder dat daaraan een wettelijke bepaling ten grondslag ligt.⁶⁸

Wat toezicht en handhaving betreft is verder niet voorzien in wettelijke bepalingen terzake. Er is ook geen toezichthoudende instantie aangevozen. Het gevolg is dat er geen bijzonder stelsel is aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of aanbestedende diensten de uit de Raamwet en de aanbestedingsrichtlijnen voortvloeiende verplichtingen nakomen. Ook is niet voorzien in de mogelijkheid om handhavend op te treden. In Nederland wordt het aanbestedingsrecht beheerst door het civiele recht. Daarom vindt de handhaving via de civiele rechter plaats.

⁶⁸ Stb. 2000, 302. De wet is, als opvolger van de Wet persoonsregistraties, in werking getreden op 1 september 2001.

In de memorie van toelichting bij de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen⁶⁹ wordt vermeld, dat bij een groot deel van de aanbestedende diensten een vorm van repressief toezicht bestaat. Provincies en gemeenten kunnen bijvoorbeeld geconfronteerd worden met schorsing en vernietiging van hun besluiten door de Kroon. Ten aanzien van andere publiekrechtelijke bestuursorganen is veelal in de verschillende wettelijke regelingen voorzien in toezicht dat kan leiden tot schorsing en vernietiging van de besluiten van die organen. Ook accountantscontroles kunnen hierbij een corrigerende rol spelen (zie bijvoorbeeld het recent vastgestelde artikel 213 van de Gemeentewet)⁷⁰ en spelen bij de rijks-overheid reeds een dergelijke rol. Voorts kan worden gewezen op verschillende taakverwaarlozingsbepalingen.

Een stimulans voor aanbestedende diensten om de verplichtingen na te komen is onder omstandigheden gelegen in individuele bedrijven, die worden benadeeld indien van niet-nakoming sprake is. Zij kunnen zulks hetzij in een arbitrageprocedure hetzij in een procedure bij de burgerlijke rechter aan de orde stellen. Dit wordt ook in voornoemde memorie aan de orde gesteld.

De minister van Economische Zaken is eerste en enige ondertekenaar van de wet. Daarmee mag ervan worden uitgegaan dat deze minister aangesproken kan worden op de juiste implementatie. Het ministerie van Economische Zaken geeft ook voorlichting aan aanbestedende diensten. Dit ministerie voert voorts het voorzitterschap en het secretariaat van het Overlegorgaan Europese Aanbestedingsvoorschriften (IOEA). Dit is een platform voor discussie tussen ministeries waarin ook het Interprovinciaal Overleg (IPO) en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) zijn vertegenwoordigd. Het IOEA bereidt de Nederlandse inbreng bij prejudiciële vragen voor en bespreekt aanbestedingsrechtelijke interpretatiekwesties teneinde een afstemming binnen de overheid te bewerkstelligen.

Praktijk

De minister van Economische Zaken meldt in een brief betreffende een Actieplan professioneel inkopen en aanbesteden (PIA) van 3 december 1999 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer reeds dat met betrekking tot Europees aanbesteden een impuls nodig is, omdat de naleving gebreken vertoont.⁷¹ In deze brief wordt overigens nog geconstateerd dat, gemeten naar Europese aanbestedingen als percentage van het BNP in 1998, Nederland als laatste komt. Daarbij gaat het overigens om het geheel aan aanbestedingen, niet alleen van werken. In de brief wordt ook een aantal oorzaken genoemd voor deze lage score:

- de regels worden als ingewikkeld en rigide ervaren;
- onbekendheid met de regels;
- de bereidheid van bedrijven om te klagen (rechtbank, arbitrage, Europese Commissie) is in veel sectoren niet erg groot;
- een potentiële klager weet soms niet dat een opdracht is vergeven of wil de opdrachtgever niet tegen zich in het harnas jagen;
- op opdrachtgevers maakt verlaging van kosten, die Europees aanbesteden kan bewerkstelligen niet altijd veel indruk.

Het ministerie van Economische Zaken heeft sindsdien verscheidene initiatieven, met name op gebied van voorlichting en coördinatie, genomen om hierin verbetering te brengen.

Uit verschillende bronnen kan worden afgeleid, dat zich ook nadien nog knelpunten hebben voorgedaan.⁷² Zoals gezegd, hebben deze constatering betrekking op aanbesteding van overheidsopdrachten in het

⁶⁹ Kamerstukken II, 1991–1992, 22 669, nr. 3, p. 6.

⁷⁰ Naar verluidt zal dit artikel overigens pas in 2004 in werking treden.

⁷¹ Kamerstukken II, 1999–2000, 26 966, nr. 1.

⁷² In de Aanbeveling nr. 2001/483/EG van de Raad van de Europese Unie van 15 juli 2001 betreffende de globale richtsnoeren voor het economische beleid van de lidstaten en de Gemeenschap (PbEG L 179), die door de Raad van de Europese Unie in het kader van de EMU op grond van artikel 99 EG worden vastgesteld, is in 2001 vastgesteld dat Nederland – gemeten naar rato van het BBP – het op één na laagste percentage aan Europese aanbestedingen van alle lidstaten kent. Nederland wordt daarom opgeroepen de concurrentie te intensiveren door de markt van aanbesteding voor de overheidsaanbestedingen verder open te stellen. In het rechtmatigheidsonderzoek 2001 van de Algemene Rekenkamer werd geconstateerd, dat bij vijf ministeries de naleving van de Europese aanbestedingsrichtlijnen tekortschoot (Kamerstukken II, 2001–2002, 28 380, nrs. 11, 15, 23, 37 en 39).

algemeen. De Nederlandse aanbesteding van (bouw)werken die al een langere traditie kent, lijkt meer in de Europese pas te lopen.

2.4.3 Rechtsbescherming in aanbestedingszaken in Nederland

Europeesrechtelijke eisen

De rechtsbeschermingsrichtlijnen verplichten de lidstaten er – kort gezegd – toe om voor belanghebbenden te voorzien in effectieve beroepsprocedures met betrekking tot besluiten die zijn genomen door aanbestedende diensten. Er moet in het bijzonder worden voorzien in een kort-gedingprocedure om voorlopige maatregelen te kunnen treffen, in een mogelijkheid om onwettige besluiten nietig te verklaren en in een regeling voor het toekennen van schadevergoeding voor gelaedeerden. Indien gebruik wordt gemaakt van arbitrageprocedures, worden daaraan bijzondere eisen gesteld. Beslissingen moeten schriftelijk met redenen worden omkleed en er dient beroep open te staan bij een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG. Voor de benoeming en beëindiging van het mandaat van leden van arbitragecommissies moeten dezelfde voorwaarden gelden als voor rechters wat de voor benoeming bevoegde autoriteit, de duur van het mandaat en de afzetbaarheid betreft. De voorzitter moet dezelfde beroepskwalificaties hebben als een rechter. De besluiten worden genomen na een procedure op tegenspraak. De achtergrond van deze eisen is, dat de bescherming die de aanbestedingsrichtlijnen beogen te geven niet doeltreffend kan zijn, indien de inschrijver niet de mogelijkheid heeft om zich jegens de aanbestedende dienst op die voorschriften te beroepen en, in voorkomend geval, voor de nationale rechterlijke instanties schending van die voorschriften aan te voeren.⁷³

Nederlands stelsel

Uitgangspunt is dat bij aanbestedingsgeschillen de burgerlijke rechter bevoegd is bij het ontbreken van de aanwijzing van een bijzondere rechter voor aanbestedingszaken. De bevoegdheid van de bestuursrechter is uitgesloten op grond van artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht.⁷⁴ Op het overgrote merendeel van de aanbestedingen van werken zal het UAR-EG 1991 of het UAR 1986 (inmiddels de UAR 2001) van toepassing zijn. Deze reglementen bevatten arbitrageclausules, waardoor de Raad van Arbitrage voor de Bouwnijverheid de bevoegde instantie is. De bevoegdheid van de Raad van Arbitrage heeft betrekking op geschillen tussen de gegadigden of inschrijvers en de aanbestedende dienst, alsook tussen gegadigden en inschrijvers onderling.

Raad van Arbitrage

De Raad van Arbitrage voor de bouw is in 1907 ingesteld door het Koninklijk Instituut van Ingenieurs (KIVI), de Koninklijke Maatschappij tot bevordering der Bouwkunst, Bond van Nederlandse Architecten (BNA) en de Vereniging Algemeen Verbond Bouwbedrijf (AVBB), zo blijkt uit de aanhef van de statuten van de Raad van Arbitrage.⁷⁵ De statuten, en wijzigingen daarvan, behoeven de goedkeuring van de minister van Verkeer en Waterstaat. Dat volgt niet uit enige wettelijke bepaling, maar uit de statuten zelf.⁷⁶ De Raad van Arbitrage heeft ten doel de beslechting van geschillen (arbitrage), het beslissen over de hoogte van schadevergoeding en het geven van voorlopige voorzieningen (arbitraal kort geding). De Raad van Arbitrage bestaat uit een voorzitter, tussen de 60 en 100 leden en tussen de 10 en 30 buitengewone leden (leden-jurist). De leden worden op basis van evenredigheid benoemd door de KIVI, BNA en AVBB.

⁷³ Zaak C-433/93, Commissie – Duitsland, Jur. 1995, p. I-2303.

⁷⁴ Zie artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht. Dit artikel luidt: «Geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling». Een te sluiten overeenkomst is zo'n handeling en derhalve is voor het bestuursrecht bij aanbestedingsaangelegenheden in Nederland geen rol weggelegd. Dit is anders dan in landen als bijvoorbeeld Frankrijk en België. Deze landen kennen een van het privaatrecht afgescheiden publiekrechtelijke overeenkomst met het gevolg dat de rechtsbescherming geheel of ten dele bij de administratieve rechter is.

⁷⁵ De statuten zoals die gelden per 1 maart 1999. Per 1 juni 2002 zijn nieuwe statuten in werking getreden.

⁷⁶ Zie in het bijzonder artikel 33, vierde lid, van de statuten van de Raad van Arbitrage.

De buitengewone leden worden benoemd door het bestuur van de Raad van Arbitrage (zo nodig op voordracht van de Nederlandse Juristen-Vereniging). De benoeming van leden en buitengewone leden dient te worden goedgekeurd door de minister van Verkeer en Waterstaat.⁷⁷

De scheidsgerechten worden samengesteld uit de leden en buitengewone leden en worden benoemd door de voorzitter. De leden van een scheidsgerecht worden gekozen uit de leden en benoemd, na consultatie van de betrokken partijen, door de voorzitter. Indien partijen zulks zijn overeengekomen, heeft elk van de partijen de bevoegdheid om te vorderen dat één van de drie leden een buitengewoon lid van de Raad van Arbitrage is (artikel 10, derde lid, van de Statuten). De voorzitter heeft daarnaast de mogelijkheid om, indien de aard van het geschil daartoe aanleiding geeft, één van de leden van het scheidsgerecht te benoemen uit de buitengewone leden van de Raad van Arbitrage. Bij zaken met een relatief licht belang kan het scheidsgerecht onder voorwaarden – worden gevormd door één scheidsmans.

Het scheidsgerecht beslist als «goede mannen naar billijkheid», tenzij partijen anders zijn overeengekomen.⁷⁸ Indien het echter betreft de aanbesteding van werken, die vallen onder regelingen, die voorzien in de verwerking van de vigerende richtlijn Werken, beslist het scheidsgerecht naar de regelen des rechts.⁷⁹ De statuten voorzien voorts in een regeling voor spoedgeschillen (artikel 20).

Van een arbitraal vonnis is hoger beroep mogelijk, tenzij het vonnis, ware het gewezen door de gewone rechter, niet vatbaar zou zijn geweest voor hoger beroep (artikel 28, eerste en tweede lid, van de statuten). Bij hoger beroep geldt verplichte procesvertegenwoordiging door een juridisch raadsman (artikel 28, derde lid, van de Statuten). Het hoger beroep wordt behandeld door een kamer van drie of vijf leden, waarvan ten minste één buitengewoon lid deel uitmaakt (artikel 29, eerste en derde lid). Een lid dat in eerste aanleg aan de behandeling van het geschil heeft deelgenomen, is niet benoembaar.

Aanbestedingszaken maken overigens slechts een zeer beperkt deel uit van de voorgelegde geschillen⁸⁰. Het overgrote deel van de zaken betreft geschillen over de uitvoering van bouwopdrachten.

Tenuitvoerlegging

Om een arbitraal vonnis uitvoerbaar te doen zijn, dient verlof tot tenuitvoerlegging te worden gevraagd van de president van de rechtbank (artikel 1062 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)). Verlof tot tenuitvoerlegging kan, naast enkele formele gronden, slechts worden geweigerd indien het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand is gekomen, kennelijk in strijd is met de openbare orde of de goede zeden (artikel 1063 Rv).

Voorts kan van een arbitraal vonnis een vordering tot vernietiging worden ingesteld. Daarvoor geldt dat een arbitraal vonnis alleen voor vernietiging in aanmerking komt indien – naast enkele formele gronden – het vonnis of de wijze waarop dit tot stand is gekomen, in strijd is met de openbare orde of de goede zeden (artikel 1065 Rv). Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG komt naar voren dat een arbitraal vonnis dat in strijd is met artikel 81 EG voor vernietiging in aanmerking komt.⁸¹

Burgerlijke rechter

De omstandigheid dat de overheid bij aanbesteding het UAR-EG 1991 of het UAR 1986 van toepassing verklaart, wil nog niet zeggen dat alle geschillen uitsluitend via arbitrage worden beslecht. Een belanghebbende

⁷⁷ Artikel 6 van de statuten. Onbekend is hoe deze benoemingsvoorwaarde in de statuten is terechtgekomen.

⁷⁸ Artikel 18, eerste lid, van de statuten van de Raad van Arbitrage.

⁷⁹ Artikel 18, tweede lid, van de statuten van de Raad van Arbitrage.

⁸⁰ Het betreft ongeveer 1% van de voorgelegde zaken.

⁸¹ Zaak C-126/97. Eco Swiss – Benetton, Jur. 1999, p. I-3055.

kan immers niet tegen zijn wil via arbitrage van de (burgerlijke) rechter worden afgehouden⁸². Dat kan alleen indien hij met de arbitrageclausule akkoord is gegaan. In andere gevallen zal hij zich tot de burgerlijke rechter moeten wenden.

De rol van de burgerlijke rechter is bij aanbestedingsgeschillen in de bouwnijverheid in de praktijk echter tamelijk beperkt, aangezien het voor een inschrijver niet mogelijk is in te schrijven onder uitsluiting van het arbitraal beding. Het is ingevolge de uniforme aanbestedingsreglementen immers niet toegestaan een inschrijving onder voorwaarden te verrichten. Deze wordt namelijk geacht niet te zijn gedaan (zie bijvoorbeeld artikel 23 UAR-EG 1991).

2.5 Mededingingsaspecten

2.5.1 Hoofdlijnen

Tussen aanbesteding en mededinging bestaat een samenhang. Het aanbestedingsrecht ziet op de relatie tussen de aanbesteder en de potentiële aannemer. Daarbij wordt door de aanbesteding(svoorwaarden) de markt voor de desbetreffende opdracht afgebakend met het oog op het mogelijk maken van optimale marktwerking. Het mededingingsrecht is van belang voor de wijze waarop daarop wordt gereageerd door (potentiële) aannemers. Het gaat dan om het maken van marktbeperkende afspraken, het maken van misbruik van een machtspositie en het vormen van concentraties.

Bij het mededingingsrecht moet in de eerste plaats worden gekeken naar het Europese mededingingsrecht. In het Europese mededingingsrecht staan centraal een verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten, het verbod op het maken van misbruik van machtsposities en toezicht op concentraties die gevolgen hebben voor de gemeenschappelijke markt. Daarbij moet het gaan om situaties met gevolgen voor de handel tussen de lidstaten. Bij aanbestedingen in de bouw zijn al snel zaken aan de orde met een communautaire dimensie. Zulks kan in ieder geval worden gezegd van aanbestedingen waarop de Europese aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn.⁸³ Cruciaal daarbij is het bepalen van de relevante markt.

Vanwege het supranationale karakter van het Europese recht, kan het nationale mededingingsrecht niet meer dan een aanvullend karakter hebben ten opzichte van het Europese. Het Nederlandse mededingingsrecht kan op geen enkele manier de werking van het Europese mededingingsrecht beperken. Dat bleek in de jaren negentig, toen de later te bespreken SPO-regeling, die onder de toenmalige Nederlandse wetgeving was toegestaan, door de Europese Commissie werd verboden. De omslag in het Nederlandse stelsel van een misbruikstelsel onder de Wet Economische Mededinging naar een verbodstelsel onder de Mededingingswet per 1998 heeft dan ook, strikt juridisch gezien, een beperkte betekenis. Deze omslag is slechts van belang voor die aangelegenheden die niet onder het Europese mededingingsrecht vallen. Praktisch gesproken is het belang groter: de Europese Commissie, uitvoerder van het Europese mededingingsrecht, pakt niet alle zaken zelf aan. Zij laat deze vaak over aan de nationale autoriteiten. Dit komt naar voren in artikel 9, derde lid, van Verordening 17⁸⁴ en in artikel 88 van de Mededingingswet, dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) de bevoegdheid geeft om het Europese mededingingsrecht toe te passen zolang de Europese Commissie de desbetreffende zaak niet aanpakt (decentrale toepassing van het

⁸² Artikel 17 van de Grondwet.

⁸³ Hieruit kan evenwel niet worden afgeleid, dat het Europese mededingingsrecht niet van toepassing zou zijn in zaken die aanbestedingen onder de Europese drempel betreffen: Zaak T-29/92, SPO, Jur. 1995, p. 289 (r.o. 236).

⁸⁴ Verordening 17 van 6 februari 1968 van de Raad: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PbEG L 13).

Europese mededingingsrecht). Dit geldt evenwel niet voor het nemen van beslissingen over vrijstelling of ontheffing van het kartelverbod op grond van artikel 81 EG. Deze beslissingen zijn in alle gevallen voorbehouden aan de Europese Commissie. Het nieuwe stelsel van de Mededingingswet heeft bovendien een aanscherping van het Nederlandse mededingingsrecht met zich gebracht en tot een actievere houding bij het mededingingstoezicht geleid, zoals naar voren komt uit de instelling van de NMa.

2.5.2 Europese mededingingswetgeving

Het Europese mededingingsrecht moet worden gezien in het licht van de doelstellingen van het EG-Verdrag, in het bijzonder het creëren van een gemeenschappelijke markt. Het mededingingsrecht heeft daarin een complementaire functie ten opzichte van de verdragsvrijheden: voorkomen moet worden dat het in het kader van de verdragsvrijheden wegnemen van belemmeringen van het vrije verkeer tussen de lidstaten, vervolgens weer worden opgebouwd als gevolg van mededingingsbeperkende maatregelen door ondernemingen.⁸⁵

In het Europese mededingingsrecht staan centraal:

- een verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten (kartelverbod),
- het verbod op het maken van misbruik van machtsposities en
- toezicht op concentraties die gevolgen hebben voor de gemeenschappelijke markt.

Het kartelverbod

Ingevolge artikel 81, eerste lid, EG zijn verboden alle overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de tussenstaatse handel ongunstig kunnen beïnvloeden. Verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig. Het gaat daarbij zowel om horizontale overeenkomsten of feitelijk afgestemde gedragingen tussen ondernemingen die werkzaam zijn in dezelfde fase van de productieketen (bijvoorbeeld producenten) als verticale overeenkomsten waarbij ondernemingen uit verschillende fases (bijvoorbeeld producenten en distributeurs) zijn betrokken. Marktbeperkende overeenkomsten kunnen op allerlei aspecten betrekking hebben. Het kan gaan om bijvoorbeeld overeenkomsten tussen producenten waarbij markten worden verdeeld, exclusieve distributieovereenkomsten, prijsovereenkomsten en licentieovereenkomsten in verband met intellectuele eigendomsrechten, maar ook bijvoorbeeld joint ventures in verband met onderzoek & ontwikkeling en gezamenlijke verkoopbevordering.

Om onder de reikwijdte van artikel 81 te vallen zijn de volgende elementen van belang:

- er moet sprake zijn van ondernemingen. Ook de overheid kan als onderneming optreden.
- het moet gaan om overeenkomsten of onderling feitelijk afgestemde gedragingen. De vorm waarin een en ander geschiedt doet niet ter zake. Bij onderling feitelijk afgestemde gedragingen gaat het om coördinatie tussen ondernemingen, zonder dat ter zake een overeenkomst is gesloten, in de wetenschap dat deze praktische onderlinge coördinatie de mededinging kan vervalsen. De onderling feitelijk afgestemde gedragingen moeten uit het gedrag van de participanten zijn af te leiden. Dit is niet altijd eenvoudig te bewijzen, omdat parallel

⁸⁵ Zie voor een overzicht Kapteyn/VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, Kluwer, 1998, p. 837 e.v.

- gedrag niet per se veroorzaakt hoeft te worden door onderling feitelijk afgestemde gedragingen.
- de overeenkomst of onderling feitelijk afgestemde gedraging moet een beperking van de mededinging tot gevolg hebben. In dit verband kan wel worden gewezen op de zogenaamde de-minimis-regel, die overeenkomsten met slechts zeer beperkte gevolgen uitsluit.
 - de overeenkomst of onderling feitelijk afgestemde gedraging dient gevolgen te hebben voor de gemeenschappelijke markt van de lidstaten. Daarvoor is niet noodzakelijk dat daarbij ondernemingen van verschillende staten betrokken zijn. Een mededingingsbeperkende overeenkomst die is gesloten tussen ondernemingen binnen één lidstaat en die uitsluitend betrekking heeft op de markt van die lidstaat kan als belemmering voor de toegang tot de markt in die lidstaat voor buitenlandse concurrenten fungeren en kan daarmee gevolgen hebben voor de handel tussen lidstaten.

Uitgangspunt is een verbodstelsel. Voor bepaalde overeenkomsten of besluiten kan evenwel een uitzondering worden gemaakt in de vorm van door de Europese Commissie te verlenen (generieke) vrijstellingen of (individuele) ontheffingen (artikel 81, derde lid, EG). In dat verband zijn verschillende vrijstellingsverordeningen van toepassing. Daarnaast heeft de Europese Commissie enkele bekendmakingen (mededelingen; te vergelijken met beleidsregels) gedaan waarin commissiebeleid inzake ontheffingsverzoeken is neergelegd.

Artikel 81, derde lid, EG stelt een aantal voorwaarden voor vrijstelling of ontheffing. De overeenkomst dient bij te dragen aan de verbetering van de productie of distributie van goederen of diensten of aan de technische of economische vooruitgang. De beperking van de mededinging mag niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is voor het bereiken van die doelstellingen (proportionaliteit). De overeenkomst mag ook niet tot gevolg hebben dat het de deelnemende ondernemingen mogelijk wordt gemaakt de mededinging substantieel te beperken.

Misbruik van machtspositie

Artikel 82 EG verbiedt het misbruik maken van een machtspositie door één onderneming of meer ondernemingen gezamenlijk. Het bestaan van een machtspositie als zodanig is uiteraard niet verboden. Het moet gaan om misbruik van die positie. Daarbij kan worden gedacht aan de weigering producten of diensten te leveren of prijsdiscriminatie. Ook voor artikel 82 EG geldt dat het doel van deze bepaling is het handhaven van effectieve mededinging in de Gemeenschap. Aldus kan ook het uitschakelen van de mededinging door een fusie of overname onder het begrip misbruik van een machtspositie vallen.⁸⁶ Voorts kunnen ondernemingen gezamenlijk een machtspositie hebben waarvan zij misbruik maken. Dit doet zich vooral voor bij markten met een oligopolisch karakter waarbij de dominante spelers parallel gedrag vertonen. Hierbij moet niet worden gedacht aan overeenkomsten of onderling feitelijk afgestemde gedragingen tussen ondernemingen die gezamenlijk over een machtspositie beschikken: dergelijke praktijken vallen immers reeds onder het kartelverbod.

Concentratietoezicht

Het concentratietoezicht is geregeld in verordening 4064/89/EEG.⁸⁷ De verordening regelt het preventieve toezicht op de totstandkoming van fusies. Het doel is te voorkomen dat als gevolg van concentraties economische machtsposities ontstaan, waardoor de effectieve concurrentie wordt ondermijnd.

⁸⁶ Zaak 6/72, Continental Can, Jur. 1973, p. 215.

⁸⁷ Verordening nr. 4064/89/EEG van 21 december 1989 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PbEG L 395).

Voorgenomen fusies die relevantie hebben voor de gemeenschappelijke markt, dienen te worden genotificeerd bij de Europese Commissie. Het begrip concentratie is ruim. Het omvat alle manieren waarop een onderneming controle verkrijgt over een andere onderneming of twee of meer ondernemingen samengaan. Ook een joint venture, mits deze een bestendig karakter heeft, kan hieronder vallen. Niet elke fusie of overname hoeft te worden aangemeld. De aanmeldingsplicht is afhankelijk van de hoogte van de gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen en van de hoogte van de omzetten van de betrokken ondernemingen afzonderlijk. In het Europese concentratietoezicht zijn die omzetgrenzen vrij hoog.

Uitvoering

De Europese Commissie neemt in het Europese mededingingsrecht een centrale plaats in. De Commissie beschikt over zelfstandige onderzoeksbevoegdheden en kan beschikkingen vaststellen ten aanzien van (groepen van) bedrijven die handelen in strijd met de regels van het verdrag. Daarbij kunnen boetes worden opgelegd. De Commissie beslist ook over de toepasselijkheid van de uitzondering op grond van artikel 81, derde lid, EG (de Commissie beschikt daarbij over een ruime discretionaire bevoegdheid), beslist over misbruik van machtsposities en beslist over concentraties.

Voor de procedures is Verordening 17⁸⁸ van belang. In deze verordening zijn de procedures geregeld en zijn de informatie- en onderzoeksbevoegdheden van de Commissie neergelegd.

Mededinging en de bouw

Het Europese mededingingsrecht is van groot belang voor de Nederlandse aanbestedingspraktijk in de bouw. Dat is onder andere gebleken bij de SPO-zaak, die hierna wordt besproken.

In de eerste plaats gaat het om afspraken tussen ondernemingen over aanbestedingen. Die afspraken kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op de gunning zelf (opdrachten verdelen), op de prijs en op de calculatiekosten (de kosten die zijn gemoeid met de inschrijving).

Het mededingingsrecht is verder nog van belang bij combinatievorming en bij fusies en overnames. In de bouw is traditioneel sprake van veelvuldige combinatievorming. De laatste jaren wordt de bouw bovendien gekenmerkt door veel fusies en overnames. In hoofdstuk 4 komen deze aspecten nader aan de orde.

Prijsafspraken: SPO

In het verleden zijn binnen de Vereniging Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO) afspraken gemaakt: uniforme prijsreglementen.⁸⁹ Deze afspraken kwamen er – kort gezegd – op neer dat de aangesloten inschrijvers op aanbestedingen een stelsel van onderlinge verrekening van kosten hanteerden.⁹⁰ Met de gezamenlijke kosten werd bij het bepalen van de hoogte van de inschrijvingen rekening gehouden. Het doel van deze regelingen is tweeledig. In de eerste plaats dienen deze om het zogeheten «leuren» te voorkomen. In de tweede plaats beogen deze een correctie aan te brengen op het gebrek aan evenwicht tussen aanbod en vraag als gevolg van het gebrek aan transparantie van de markt voor de aanbodzijde en van de aan de aanbodzijde gemaakte hoge transactiekosten.

De Europese Commissie heeft op 5 februari 1992 bij beschikking deze prijsreglementen wegens strijd met het Europese mededingingsrecht verboden. Het beroep tegen deze beschikking bij het Gerecht van Eerste

⁸⁸ Verordening 17 van 6 februari 1962 van de Raad: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PbEG L 13).

⁸⁹ Voor de BU-bouw was met instemming van de rijksoverheid de SPO opgericht. Eerder op 27 november 1953 was reeds de Wegenbouw Aannemers Combinatie (WAC) opgericht. De leden melden in de WAC elkaar dat ze meedoen aan een aanbesteding. Ze voeren vooroverleg onder de vlag van de WAC om te bepalen wie de laagste prijs heeft en zorgen er voor dat hun deelname aan de aanbesteding wordt vergoed. Verondersteld werd dat de WAC, na onder meer de aan het WAC en een groot aantal andere prijsregelende organen door de Europese Commissie opgelegde boetes, zijn activiteiten had gestaakt. Uit de zogenaamde «Bos-boekhouding» zou echter blijken, dat het WAC – evenals mogelijk andere kartels in de bouwnijverheid – nog steeds in bedrijf is.

⁹⁰ In hoofdstuk 4 komt de rekenvergoeding meer gedetailleerd aan de orde.

Aanleg⁹¹ en het hoger beroep bij het Hof van Justitie EG werden afgewezen.

Bezwaren Europese Commissie

De Commissie had in hoofdzaak vier bezwaren tegen de Nederlandse praktijk:

- deze praktijk roept een afstemming tussen aannemers in het leven, waarbij informatie wordt uitgewisseld over de kostenelementen van het werk, de kenmerken van de aanbiedingen en de door ieder voorgestelde prijzen;
- tijdens deze afstemming worden prijsonderdelen bepaald, de voorgestelde prijzen worden soms gewijzigd en deelprijzen worden bepaald;
- na de afstemming wordt één van de aannemers – de rechthebbende – beschermd tegen de andere deelnemers aan de afstemming, omdat de anderen het recht verliezen om over hun aanbieding te onderhandelen met de opdrachtgever; niet bij de desbetreffende aanbestedingsprocedure betrokken aannemers die zijn aangesloten bij de SPO, mogen, indien zij nadien worden uitgenodigd door de opdrachtgever, alleen na toestemming van een commissie – onder nader te stellen voorwaarden – op die uitnodiging ingaan;
- de regelingen verlenen de leden voordelen bij hun concurrentie met derden (niet aangesloten inschrijvers).

De omstandigheid dat de Nederlandse overheid de SPO had gesanctioneerd, leidde er alleen maar toe dat tegelijkertijd een inbreukprocedure tegen Nederland werd ingesteld vanwege het aanmoedigen van de SPO. Hangende het beroep tegen de SPO-beschikking is verzocht tot ontheffing op de voet van het eerder genoemde artikel 81, derde lid, EG.⁹² Op dat verzoek voor dispensatie van het verbod op overeenkomsten tussen ondernemers is door de Commissie geen standpunt ingenomen. Intussen bleven vooroverleg en prijsafspraken verboden. Begin 1998, na de inwerkingtreding van de Mededingingswet, zijn nieuwe regelingen aangemeld bij de NMa. Eind 1998 wordt duidelijk dat zowel de Commissie als de NMa geen ontheffing zullen verlenen. Pogingen tot het verkrijgen van een ontheffing voor een horizontale regeling inzake kosten werden daarna gestaakt.

In het UAR 2001 wordt in de artikelen 41 tot en met 43 echter, na lang duwen en trekken tussen overheid en AVBB, bij wijze van compromis een – *facultatieve* – regeling opgenomen betreffende vergoeding van inschrijvingskosten. De thans in het UAR 2001 opgenomen mogelijkheid voor een rekenvergoeding kan wellicht beschouwd worden als een functioneel alternatief voor de eerder bestaande horizontale overeenkomsten. Van de zijde van de bouwondernemers wordt wel eens gesteld dat het vaststellen van een nieuw UAR, inclusief het verstrekken van rekenvergoedingen, vanwege het verbieden van de horizontale regeling en het als gevolg daarvan ontstane vacuüm, wenselijk was om het evenwicht tussen opdrachtgevende en opdrachtnemende partijen in het verticale (ordenings-)traject opnieuw vast te stellen.

Overigens geldt het UAR 2001 niet voor die aanbestedingen waarvoor de Europese aanbestedingsrichtlijnen gelden. Daarvoor blijft het UAR-EG 1991 dienen.⁹³ De nieuwe regelingen inzake kostenvergoeding zijn dan ook niet van toepassing op aanbestedingen waarop de Europese aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn.

⁹¹ Arrest van 21 februari 1995, Jur. 1995, p. II-0289.

⁹² Zie ook *Bouwrecht in Kort Bestek*, 4e druk, 2000, Deventer, p. 354.

⁹³ Dat komt naar voren in artikel 5 van de Beleidsregels aanbesteding van werken, welke van kracht zijn per 1 september 2001 (zie ook hierna).

2.5.3 Mededingingswet

Nederland had van oudsher een terughoudend stelsel wat het mededingingsrecht betreft. De Wet economische mededinging (WEM) kende een misbruikstelsel. Het gevolg daarvan was dat er geen verbod op kartelvorming als zodanig bestond, maar dat aan de minister van Economische Zaken de bevoegdheid was gegeven om op te treden tegen kartelvorming indien deze afspraken met het algemene belang strijdige gevolgen zou hebben. De bouwsector nam vroeger in het Nederlandse mededingingstoezicht een min of meer bijzondere positie in. Deze kwam onder andere naar voren in het Besluit mededingingsregels bouwsector en het Besluit mededingingsregels aanbestedingen.

De Mededingingswet (Mw) introduceerde per 1 januari 1998 een stelsel, dat is geënt op het Europese mededingingsrecht. De Mw gaat, anders dan de WEM, uit van een verbodstelsel zoals dat ook geldt in het Europese mededingingsrecht. Uit het wettelijke stelsel, alsmede uit de beschikkingspraktijk van de NMa, komt naar voren dat de bouwsector in het thans geldende Nederlandse mededingingsrecht geen bijzondere positie meer inneemt.

De Mw heeft een aanvullend karakter ten opzichte van het Europese mededingingsrecht. Als afbakening geldt grosso modo dat het Europese mededingingsrecht van toepassing is in de gevallen waarin gevolgen voor de gemeenschappelijke markt aanwezig kunnen zijn, en dat de Mw van toepassing is in die gevallen waarin gevolgen alleen binnen de Nederlandse markt aanwezig zijn. Het aanvullende karakter komt onder andere tot uitdrukking in de artikelen 12 en 14 Mw, die bepalen dat het kartelverbod ingevolge de Mw niet geldt indien een EG-vrijstelling (generiek) of EG-ontheffing (individueel) van toepassing is. Het Nederlandse mededingingsrecht kan echter op geen enkele wijze de werking van het supranationale Europese mededingingsrecht beperken. Een vrijstelling of ontheffing ingevolge de Mw brengt niet met zich dat de Commissie daaraan in het kader van het Europese mededingingsrecht gebonden zou zijn.

De NMa beschikt over toezichts- en onderzoeksbevoegdheden. Bij geconstateerde onregelmatigheden kan de NMa een boete opleggen alsmede een last onder dwangsom.

In de eerste maanden van 1998 ontving de NMa verschillende verzoeken voor overgangsontheffing betreffende aanbestedingsregelingen. Voor deze verzoeken is geen ontheffing verleend.

2.5.4 Toezicht en onderzoek

De Mededingingswet kent, in tegenstelling tot de WEM, die een stelsel van strafrechtelijke handhaving kende, een bestuursrechtelijk stelsel van toezicht en handhaving door de NMa.⁹⁴ Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen toezicht en onderzoek. Gaat het bij toezicht om het «normale» toezicht op de naleving van de mededingingsrechtelijke bepalingen, bij onderzoek gaat het om handelingen die worden verricht met het oog op de vaststelling dat al dan niet een overtreding is begaan, enigszins te vergelijken met opsporingsonderzoek in strafzaken. Inzake overtredingen van de Mededingingswet kan de directeur-generaal van de NMa bestuurlijke boetes en dwangsommen opleggen.

De door de directeur-generaal van de NMa aangewezen ambtenaren van de NMa zijn belast met het toezicht op de naleving van de wet. De bepalingen van Afdeling 5.2 van de Algemene wet bestuursrecht zijn

⁹⁴ Zie over de achtergronden het deelonderzoek Onregelmatigheden in de bouw, onderdeel I, Mededingingsrecht.

daarbij van toepassing. Deze houden onder andere in het betreden van plaatsen, desnoods met behulp van de sterke arm. Woningen mogen echter zonder de toestemming van de bewoner niet worden betreden. De toezichthouder is bevoegd inlichtingen te vorderen en inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden, met uitzondering van de zich bij de onderneming bevindende correspondentie met een advocaat betreffende de toepassing van de mededingingsregels. Een ieder is – behoudens een eventueel verschoningsrecht – verplicht alle medewerking te verlenen die de toezichthouder redelijkerwijs kan vorderen (artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht).

De toezichthoudende ambtenaren zijn bevoegd tot het verrichten van onderzoek (artikel 52 Mw). Daarbij beschikken zij over dezelfde bevoegdheden als in het kader van het toezicht; zij het dat daarbij een aantal bijzondere bepalingen geldt. Zij zijn bevoegd bedrijfsruimten en voorwerpen te verzegelen tussen 18.00 en 08.00 uur, voorzover dat redelijkerwijs noodzakelijk is (Mw, artikel 54). Voorts hebben zij de bevoegdheid het vorderen van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden zo nodig met de sterke arm af te dwingen.

Indien ambtenaren een redelijk vermoeden hebben dat een onderneming of een groep ondernemingen een overtreding van de Mededingingswet heeft begaan, is er van de zijde van die onderneming of die groep van ondernemingen geen verplichting meer om terzake een verklaring af te leggen.⁹⁵ De betrokkenen dienen daarvan vooraf in kennis te worden gesteld, de zogeheten cautieplicht.

Het onderscheid tussen toezicht en onderzoek zal in de praktijk niet eenvoudig zijn te maken.⁹⁶ Dat zou problemen kunnen opleveren. Dat geldt niet alleen voor de vraag of ambtenaren gebruik kunnen maken van de bijzondere bevoegdheden in verband met een onderzoek. Het speelt ook in verband met de (aanvullende) waarborgen waarmee een onderzoek dient te worden omkleed. Zo komt het zwijgrecht alleen aan de orde in het kader van het onderzoek. Uit de deelstudie van de Universiteit Leiden in het kader van de evaluatie van de Mededingingswet komt naar voren, dat deze kwestie in de praktijk nauwelijks problemen oplevert. In de meeste gevallen hebben ondernemingen te maken met onderzoek.⁹⁷

Indien niet aan de medewerkingsplicht in het kader van het toezicht of het onderzoek wordt voldaan, kan de directeur-generaal NMa een boete van ten hoogste € 4 500 opleggen.⁹⁸ Ingeval dit tevens een weigering inhoudt om medewerking te verlenen aan het inzagerecht, kan hij tevens een last onder dwangsom opleggen om inzage te verlenen in de in die last aangegeven zakelijke gegevens en bescheiden.⁹⁹ De directeur-generaal NMa is daarbij niet gebonden aan een wettelijk maximum. De boete en de last onder dwangsom kunnen tegelijkertijd, tezamen, worden opgelegd.¹⁰⁰

⁹⁵ In verband met artikel 6, eerste lid, van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

⁹⁶ Aldus de minister van Economische Zaken bij de parlementaire behandeling van de Mw (Kamerstukken II, 1996–1997, 24 707, nr. 6, p. 85.

⁹⁷ Zie hierover: Het juridisch deelonderzoek van het Eindrapport Evaluatie Mededingingswet, Universiteit Leiden, 2002, p. 83.

⁹⁸ Artikel 69, eerste lid, Mw.

⁹⁹ Artikel 70, eerste lid, Mw.

¹⁰⁰ Artikel 70, tweede lid, Mw.

3. AANBESTEDING: DE «VERTICALE» DIMENSIE

3.1 Inleiding

Hiervoor zijn de hoofdlijnen van het aanbestedingsrecht aangegeven. Het Europeesrechtelijke kader is aan de orde gekomen, alsook de weinig samenhangende vormgeving van het aanbestedingsbeleid in Nederland. Tevens zijn knelpunten in het toezicht en de handhaving gesignaleerd. In dit hoofdstuk wordt dieper ingegaan op een aantal aspecten die met name in de praktijk tot problemen en vragen leiden. Achtereenvolgens komen aan de orde:

- recente wijzigingen in de Europese richtlijnen en de vertaling daarvan in het UAR 2001;
- het zogeheten leurverbod;
- de vraag wat onder een «niet-passende» aanbieding moet worden verstaan;
- de (on)mogelijkheden van uitsluiting van aannemers van een aanbestedingsprocedure;
- het screeningsinstrument dat de Wet BIBOB biedt;
- knelpunten in het toezicht op en handhaving van de aanbestedingsregelgeving;
- het slechten van geschillen bij aanbestedingen door de Raad van Arbitrage.

3.2 Richtlijnen en reglementen

In het Besluit overheidsaanbestedingen¹⁰¹ (dat zich richt op de klassieke overheid) en het Besluit aanbestedingen nutssector¹⁰² worden respectievelijk de Richtlijn 93/37/EEG (Werken) en richtlijn 93/38/EEG (Nutssectoren) door middel van verwijzing in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd.

Voor de nutssectoren heeft in Nederland geen nadere uitwerking plaatsgevonden. Elke aanbesteder in deze sector heeft zijn eigen aanbestedingsvoorwaarden of sluit aan bij bestaande voorwaarden. Zo hanteert Rail-infrabeheer het Aanbestedingsreglement 2000 (AR2k). Dit reglement vertoont veel overeenkomsten met het UAR 1986. Voor de ingebruikname van het AR2k werd gebruik gemaakt van vier verschillende aanbestedingsreglementen.¹⁰³

Tot voor kort was de feitelijke implementatie van deze aanbestedingsregelgeving voor de klassieke overheid neergelegd in het Uniform Aanbestedingsreglement 1986 (UAR 1986).¹⁰⁴ Het was van toepassing op werken met een geraamde waarde van kleiner dan 5 miljoen speciale trekkingsrechten (SDR's) van het Internationale Monetair Fonds, ongeveer € 6,2 miljoen. Voor werken boven de in de Richtlijn Werken genoemde drempel geldt het Uniform Aanbestedingsreglement EG 1991 (UAR-EG 1991).¹⁰⁵

Het UAR 1986 is de opvolger van het UAR 1971.¹⁰⁶ De aanleiding voor het opstellen van een nieuw UAR was tweeledig van aard. De Nederlandse regering wilde op een eenvoudige en snelle wijze materieel uitvoering geven aan de (toenmalige) Europese aanbestedingsrichtlijn voor werken. Daarnaast moest het UAR 1986 een neerslag vormen van een gezamenlijk gedragen wens van overheid en bouwnijverheid om te komen tot een eenvormige ordening van het Nederlandse aanbestedingsproces. Het UAR wordt in de toelichting bij het UAR 1986 niet voor niets de uitkomst

¹⁰¹ Stb. 1993, 305, laatstelijk gewijzigd op 6 mei 2002, Stb. 246.

¹⁰² Stb. 1993, 214, laatstelijk gewijzigd op 6 mei 2002, Stb. 246.

¹⁰³ Het AR NS-EG 1992 voor op de Richtlijn Nutssectoren gebaseerde aanbestedingsprocedures op het terrein van werken; het UR NS-EG 1993 voor op de Richtlijn Nutssectoren gebaseerde aanbestedingsprocedures voor het verrichten van diensten; het ARL-EG 1997 voor op de Richtlijn Nutssectoren gebaseerde aanbestedingsprocedures voor het verrichten van leveringen en het UAR 1986 voor nationale aanbestedingsprocedures op het terrein van werken.

¹⁰⁴ Regeling van 2 juni 1986 (Stcrt. 118), gewijzigd bij regeling van 9 juli 1986 (Stcrt. 138). Het UAR 1986 is per 1 september 2001 komen te vervallen. Het UAR 2001 (Stcrt. 2001, 113) is per die datum hiervoor in de plaats getreden.

¹⁰⁵ Regeling van 15 november 1991 (Stcrt. 229, laatstelijk gewijzigd bij regeling van 16 november 2001, Stcrt. 241).

¹⁰⁶ Zie over het UAR 1971 (Stcrt. 1972, 55) onder meer J. Spier, diss., Leiden, 1981 en J. W. van Nouhuys, preadvies VBR 1986.

genoemd van een «Breed Overleg» tussen de bouwdepartementen en de betrokken belangenorganisaties.

Het UAR 1986 kende een groot aantal verbeteringen ten opzichte van het oude UAR. Een van de belangrijkste wijzigingen was de invoering van een meer geobjectiveerde aanbestedingsprocedure die uit drie elementen bestaat. Het eerste is dat, indien een aanbesteder eisen stelt waaraan een inschrijver of gegadigde moet voldoen, deze dienen te worden geformuleerd in de bekendmaking of het bestek. De tweede is dat de eisen objectief en eenduidig moeten zijn, maar ook in een redelijke verhouding dienen te staan tot aard en omvang van het werk (de proportionaliteit). De derde is dat de laagste prijs, behoudens vermelding van andere gunningscriteria door de aanbesteder, het criterium is op basis waarvan het werk dient worden opgedragen.

Richtlijn 89/440/EEG bevatte een aantal ingrijpende wijzigingen van de toenmalige richtlijn voor werken.¹⁰⁷ Dit was voor de rijksoverheid aanleiding om niet slechts over te gaan tot een aanpassing van het UAR 1986 aan de nieuwe Europese regels, maar om tot een tweede, geheel nieuw, uniform aanbestedingsreglement te komen dat specifiek was toegesneden op de aanbestedingen die de EU-aanbestedingsdrempel zouden overschrijden. Ook dit reglement – dat waar mogelijk de structuur van het UAR 1986 volgt – is tot stand gekomen in een «Breed Overleg» van vertegenwoordigers uit de overheid en een reeks belangenorganisaties.

Het UAR-EG 1991 bracht de Nederlandse aanbestedingspraktijk materieel in lijn met de Europese Richtlijn Werken. In 1995 is het reglement op onderdelen aangepast naar aanleiding van door de Europese Commissie gemaakte bezwaren.¹⁰⁸ Het UAR-EG 1991 volgt vrijwel exact de procedures als neergelegd in de thans geldende richtlijn voor werken.¹⁰⁹

Per 1 september 2001 is het UAR 1986 vervangen door het UAR 2001.¹¹⁰ Voor de onderhavige parlementaire enquête is dit recente reglement niet van feitelijk belang, omdat het niet gold in de periode dat de in deze parlementaire enquête onderzochte kwesties speelden. Maar vanwege de aanleiding voor dit reglement en wegens de doorwerking ervan in het aanbestedingsrecht is dit nieuwe reglement wel van groot belang. Het UAR 2001 verschilt op een groot aantal punten van het UAR 1986. Deze verschillen geven een indicatie van de knelpunten die het UAR 1986 in de praktijk opleverde en de wijze waarop daarmee in de toekomst wordt omgegaan.¹¹¹

3.3 Leurverbod

Een van de belangrijkste wijzigingen in het UAR 2001 is het laten vervallen van artikel 3 van het UAR 1986. Dit artikel verbood aanbesteders van een inschrijver of gegadigde te verlangen dat deze een verklaring ondertekende waarin hij afstand deed van bepaalde rechten, zoals het recht dat hij als enige (als rechthebbende) met de aanbesteder over het werk mocht onderhandelen (de zogenaamde afstandverklaring). Dit verbod beoogde aannemers tegen het eventuele «leuren» door de aanbesteder te beschermen.

Leuren is een zeer oud en in de bouwwereld – althans in de relatie overheidsopdrachtgever en hoofdaannemer – zwaar bestreden fenomeen. Het houdt in dat een aanbesteder met de offerte van de ene aannemer in de hand naar een andere gaat om bij deze een lagere aanneemsom te bedingen. De bouwsector onderkent in feite twee soorten van werk: het opstellen van een offerte en het uitvoeren van het bouwwerk zelf. Als een

¹⁰⁷ Richtlijn van de Raad van 18 juli 1989, PbEG 1989, L 210.

¹⁰⁸ Regeling van 22 mei 1995, Stcrt. 103 (tevens nieuwe tekstplaatsing).

¹⁰⁹ Richtlijn 93/37/EEG, PbEG 1993, L. 199.

¹¹⁰ Reglement van 9 mei 2001, Stcrt. 2001, 113, gewijzigd bij regeling van 16 november 2001, Stcrt. 241.

¹¹¹ Het UAR 2001 zal in 2003 worden geëvalueerd.

opdrachtgever aan de haal gaat met het resultaat van het eerste soort werk (de offerte), zonder hiervoor te betalen en vervolgens daarmee naar een ander gaat om tegen een lagere prijs het bouwwerk (de andere vorm van werk) uit te voeren, is dat – naast niet netjes – in beginsel ook onrechtmatig naar die eerste aannemer.¹¹²

In de private sector maken opdrachtgevers overigens regelmatig gebruik van leuren. Voor deze opdrachtgevers is het weliswaar niet expliciet door regelgeving verboden, maar ook hier kan het naar de desbetreffende opdrachtnemer onrechtmatig zijn. De bouwbedrijven zijn in voorkomend geval hier dan ook niet gelukkig mee.

Bestudering van de verschillende buitenlandse rechtsstelsels leert, dat daarin steeds regels voorkomen die ten doel hebben om leurgedrag te voorkomen, althans in belangrijke mate te beperken. Het gaat daarbij om tot de aanbesteders gerichte gedragsregels die dan ook telkens deel uitmaken van rechtsverhoudingen tussen aanbesteder en aannemers. In de onderzochte landen is de oplossing voor de aan leuren verbonden problematiek gezocht door het stellen van regels die werken in het verticale traject. De mogelijkheid is echter niet uit te sluiten, dat in de praktijk wel geheime afspraken bestaan.

In Nederland is van oudsher de remedie tegen het leuren gevonden in afspraken aan de zijde van aannemers.¹¹³ Door de SPO-zaak is daaraan een einde gekomen.

In het UAR 2001 wordt ingespeeld op de situatie die is ontstaan na het verbod van de Europese Commissie uit 1992 op toepassing van de Uniforme Prijsregelende Reglementen van de aannemersorganisatie SPO en het verbod van de Erecode.¹¹⁴ De leden van deze organisatie was het verboden dergelijke afstandsverklaringen te ondertekenen.

Indien een aanbestedingsprocedure overeenkomstig de Europese aanbestedingsregels wordt uitgevoerd, waarborgen deze regels een transparante, objectieve en niet-discriminatoire procedure. Daarin is voor leuren geen plaats. Dit is ook een reden dat de openbare en de niet-openbare procedure hoofdregel zijn. Een procedure van gunning via onderhandelingen is slechts in een *limitatief* aantal gevallen toegestaan. In deze procedure is een gevaar voor leuren niet irreëel.

De Richtlijn Nutssectoren is weliswaar liberaler – de aanbestedende dienst heeft meer vrijheid in de keuze van de toe te passen aanbestedingsprocedure – van aard, doch de drie pijlers van het aanbestedingsrecht zijn ook hier onverkort van toepassing. Het handelen in strijd met deze uitgangspunten en gaan leuren met de door de laagste inschrijver uitgebrachte prijs – en dus niet gunnen aan deze laagste inschrijver – is in strijd met de precontractuele goede trouw.¹¹⁵ Het kan daarmee onrechtmatig jegens de andere partij zijn.

3.4 Niet-passende aanbidding

3.4.1 Europeesrechtelijke invalshoek

In Europeesrechtelijk perspectief roept de vraag wat onder het begrip (niet-)passende inschrijving moet worden verstaan, verwarring op. Artikel 7, tweede lid, onder a., en derde lid, onder a. van de Richtlijn Werken zeggen daar in feite niets over. De toelichting van de Commissie op de daarin opgenomen begrippen «onregelmatige», «onaanvaardbare» en «niet-passende» inschrijvingen maakt het probleem in feite alleen maar groter.

De Richtlijn Werken gaat uit van het primaat van de openbare of de

¹¹² Opvallend is echter dat leuren door aannemers met prijzen van onderaannemers in de praktijk van de bouwnijverheid zeer gebruikelijk is en – ondanks dat het naar de betrokken aannemer onrechtmatig is – niet op daadwerkelijke weerstanden lijken te stuiten.

¹¹³ Lantink, G.J., en D.E. van Werven, Regelingen ter bescherming tegen het leuren en ter vergoeding van gemaakte rekenkosten in het Verenigd Koninkrijk, België, Denemarken en Frankrijk; in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, Instituut voor Bouwrecht, Den Haag, 1992, p. 87–90.

¹¹⁴ Zie Pijnacker Hordijk, E.H., en G.W. van der Bend, Handboek van het Nederlandse aanbestedingsrecht, t.a.p., p. 449, e.v.

¹¹⁵ HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas-Valburg). Een verruiming van het in Plas-Valburg gehanteerde criterium is te vinden in HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (VSH/Shell) en HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647 (Vogelaar-Skil). Zie voor geen strijdigheid uit hoofde van precontractuele goede trouw: Hof 's-Hertogenbosch, 7 april 1992, NJ 1992, 720.

niet-openbare aanbesteding. Artikel 7 geeft aan in welke gevallen de aanbestedende dienst van die hoofdregel mag afwijken. Op grond van het tweede lid kan dit indien tijdens een lopende aanbesteding alleen «onregelmatige» of «onaanvaardbare» inschrijvingen zijn gedaan.¹¹⁶ Volgens de Commissie moet bij onregelmatige inschrijvingen worden gedacht aan «*offertes die niet voldoen aan de voor de opdracht geldende regel, waarvan de prijs buiten de vrije mededinging is bepaald of die bedingen bevatten die een eenzijdige bevoordeling inhouden*».¹¹⁷ Vooral lijkt te zijn gedacht aan inschrijvingen waaraan mededingingsbeperkend overleg («vooroverleg») tussen de inschrijvers is vooraf gegaan. Als voorbeelden van onaanvaardbare inschrijvingen noemt de Commissie «*te laat ingekomen offertes, offertes van inschrijvers die niet aan de vereiste voorwaarden voldoen of waarvan de prijs ofwel te hoog is in verhouding tot de door de aanbestedende dienst uitgetrokken kredieten, ofwel abnormaal laag is*». Een dergelijke toelichting munt uit door vaagheid. Donders constateert dat de voorbeelden van de onregelmatige en onaanvaardbare inschrijvingen elkaar overlappen. De voorbeelden zijn volgens hem ook in strijd met het door de richtlijnen gehuldigde objectieve karakter van de aanbestedingsprocedure: een inschrijving die in verhouding tot het beschikbare budget van de aanbesteder te hoog is, zou alleen daarom al onaanvaardbaar moeten zijn.¹¹⁸

Het derde lid van artikel 7 van de Richtlijn Werken maakt het geheel nog ondoorzichtiger. Dit lid spreekt van niet-passende inschrijvingen. Volgens de Commissie moet nu worden gedacht aan offertes «*die onaanvaardbaar zijn en onregelmatig zijn, maar waarvan de inhoud geen enkel verband houdt met de opdracht en die derhalve volstrekt ongeschikt zijn om in de behoeften van de aanbestedende diensten te voorzien, zoals die in de aanbestedingsdocumenten zijn omschreven. De indiening van dergelijke offertes wordt dan ook gelijk gesteld met het uitblijven van inschrijvingen*». Het gaat volgens de uitleg van de Commissie om offertes die niet beantwoorden aan de vraag van de aanbestedende dienst en in feite als niet gedaan moeten worden beschouwd. Donders concludeert dan ook dat men met een dergelijke – als een niet geschreven te beschouwen – aanbieding niet eens toekomt aan de vraag of deze onregelmatig of onaanvaardbaar is; zij is er immers gewoon niet.¹¹⁹

De uitleg van de Commissie maakt het vraagstuk met betrekking tot de passende aanbieding er niet echt duidelijker op. In de Nederlandse situatie gaat men dan ook er van uit dat de niet-passende aanbieding een species van het genus «onregelmatige» of «onaanvaardbare» inschrijving is. Dat betekent dat daar meer of minder vergaande consequenties voor het vervolgproces aan verbonden zijn, als bijvoorbeeld het staken van de procedure.

De thans in de Nederlandse praktijk gehanteerde lijn met betrekking tot de niet-passende aanbieding, die in het UAR 2001 nader is ingevuld, lijkt niet strijdig met de Europese regelgeving. In ieder geval kan de Nederlandse interpretatie geen aanleiding geven voor daadwerkelijke misverstanden. Onder onaanvaardbaar hoge inschrijvingen moeten aanbiedingen worden verstaan, die de aanbesteder naar objectieve maatstaven redelijkerwijze niet mocht verwachten. Eventuele subjectieve verwachtingen van aanbesteders mogen daarbij geen rol spelen.¹²⁰ De bewijslast ligt bij de aanbestedende dienst.

In het UAR 2001 is daartoe een nieuwe – van de tot op heden door de Raad van Arbitrage gehanteerde lijn – afwijkende lijn neergelegd. Of deze lijn ook bij de toepassing van het UAR-EG 1991 zal worden overgenomen,

¹¹⁶ Zie uitgebreid Pijnacker Hordijk en Van der Bend, t.a.p., p. 120 e.v.

¹¹⁷ Handleiding: voorschriften van de Gemeenschap inzake Overheidsopdrachten voor de Uitvoering van Werken, Brussel, 1997, p. 31–32. Deze handleiding heeft geen rechtskracht en vertolkt niet noodzakelijk de officiële zienswijze van de Commissie.

¹¹⁸ Donders, N.J.M., (Niet-)passende inschrijving, BR 2001, p. 480.

¹¹⁹ Donders, N.J.M., (Niet-)passende inschrijving, t.a.p., p. 480.

¹²⁰ Pijnacker Hordijk en Van der Bend, t.a.p., p. 130, spreken van een «aanzienlijk hogere» aanbieding dan de aanbesteder naar objectieve maatstaven redelijkerwijze mocht verwachten.

moet nog blijken. Verwacht moet echter worden dat er een divergentie in uitspraken, afhankelijk van welk uniform aanbestedingsreglement op die specifieke zaak van toepassing is, zal ontstaan.

Mede uit het oogpunt van rechtsgelijkheid kan een dergelijk onwenselijk zijn. Dat pleit ervoor de voorschriften in Nederland op dit punt gelijk te trekken, op een wijze die in overeenstemming is met het doel en strekking van de richtlijnen. Onderkend wordt dat beide trajecten worden beheerst door een ander onderliggend rechtsstelsel: het ene puur civielrechtelijk en het andere meer Europeesrechtelijk. Maar het gaat wel om gelijksoortige aangelegenheden, met gelijksoortige partijen en gelijksoortige belangen.

De door de Commissie gehanteerde uitleg ten aanzien van «passende inschrijvingen», waarover het Hof van Justitie zich overigens nog niet heeft uitgesproken, heeft voor aanbestedende diensten in de nutssectoren grote consequenties. Anders dan bij aanbesteding door de klassieke overheid het geval is, kunnen volgens de Richtlijn Nutssectoren de betrokken aanbestedende diensten in het geval van het mislukken van een openbare of niet-openbare procedure vanwege onaanvaardbaar hoge prijzen, niet in beroep op de uitzonderingsgrond met betrekking tot niet-passende inschrijvingen.¹²¹ Voor deze aanbesteders staat dan alleen nog de mogelijkheid open om volledig opnieuw aan te besteden.¹²²

3.4.2 Nederlandse regelgeving

Zowel de Richtlijn Werken¹²³ als de Richtlijn Nutssectoren¹²⁴ staan het volgen van een onderhandelingsprocedure zonder verder voorafgaande bekendmaking, zoals uit het voorgaande blijkt, onder bepaalde voorwaarden toe. Dit geldt met name indien in een eerste ronde in het kader van een openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure – en voor de nutssectoren zelfs de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking geen of geen passende (of zoals de Richtlijn Nutssectoren dit noemt: geen geschikte aanbiedingen) inschrijvingen zijn gedaan. In dat geval mogen echter geen wezenlijke wijzigingen in de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht worden aangebracht.¹²⁵

Indien een aanbesteder een opdracht – bij toepassing van het gunningscriterium «laagste prijs»¹²⁶ – niet aan de laagste inschrijver wil gunnen, omdat hij de prijs te «hoog» acht, zal hij deze willen aanmerken als een *niet-passende aanbidding*. Volgens vaste jurisprudentie van de Raad van Arbitrage zal de aanbesteder in dat geval aan een aantal eisen moeten voldoen.¹²⁷ Hij zal zijn begroting, op grond waarvan hij concludeert dat sprake is van een niet-passende aanbidding, desgevraagd aan de laagste inschrijver moeten overleggen. Voorts moet hij niet alleen aantonen dat de gedane laagste inschrijving hoger is, dan hij op basis van de door hem opgestelde begroting redelijkerwijs mocht verwachten. Hij zal daarnaast in een voldoende mate aannemelijk moeten maken, dat de begroting van de laagste inschrijver kennelijke tekortkomingen bevat.¹²⁸ Pas als het overleg tussen partijen daarover redelijkerwijs niet tot een oplossing leidt, is de aanbesteder vrij het werk niet op te dragen.¹²⁹

De Raad van Arbitrage is van oordeel dat de vraag van al of niet passendheid van inschrijvingen afhangt van het antwoord op de vraag of er sprake is van een inschrijving die past bij het aan te besteden werk. Hierbij is niet uitsluitend de hoogte van de prijsaanbidding bepalend. Het gaat om de vraag of de inschrijving past bij het aan te besteden werk: voldoet de inschrijving aan de eisen van een correcte inschrijving? De hoogte is dus niet bepalend, doch kan wel een aanwijzing zijn. Daarbij gaat de Raad van Arbitrage ervan uit dat een in vrije concurrentie tot

¹²¹ Artikel 20, tweede lid, onder a, Richtlijn Nutssectoren.

¹²² Desgewenst kan in een dergelijk geval door de aanbestedende dienst wel worden geopteerd voor een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging.

¹²³ Artikel 7, derde lid, onder a, Richtlijn Werken.

¹²⁴ Artikel 20, tweede lid, onder a, Richtlijn Nutssectoren.

¹²⁵ Artikel 7, tweede lid, onder a., Richtlijn Werken; artikel 20, tweede lid, onder a., Richtlijn Nutssectoren.

¹²⁶ Indien de aanbestedende dienst gebruik maakt van het gunningscriterium «economisch meest gunstige aanbidding», dan is de prijs maar één van de criteria en kunnen andere criteria veel zwaarder wegen. De laagste prijs is in een dergelijk geval dan ook geen doorslaggevend criterium.

¹²⁷ Zie onder meer de vonnissen van de Raad van Arbitrage van 30 november 1995, nr. 18 316, BR 1996, p. 448, van 7 oktober 1998, nr. 20 720 met appelvonnis in die laatste zaak van 8 mei 2000, nr. 70 396 en het appelvonnis van 5 juni 2000, nr. 70 482 (Kampense waterkering).

¹²⁸ Vonnis Raad van Arbitrage van 24 februari 2000, nr. 21 962, BR 2001, p. 518. In dit vonnis spreekt de Raad van Arbitrage van een prijs van de inschrijver die «kennelijk ongepast» is.

¹²⁹ Dit is anders als aan het einde van een aanbestedingsprocedure slechts één aanbidding overblijft. In een dergelijk geval is de aanbestedende dienst niet in staat de prijzen of de kenmerken van verschillende aanbiedingen te vergelijken. De aanbestedende dienst is een dergelijk geval niet gehouden te gunnen aan de enig geschikte inschrijver (HvJ EG van 16 september 1999, zaak C-27/98, *Metalmeccanica Fracasso en Leitschutz Handel und Montage*, Jur. 1999, p. I-5697).

stand gekomen inschrijfsom in principe als marktconform moet worden beschouwd.¹³⁰ De Raad van Arbitrage acht een strikte uitleg van de uitzonderingsgronden van artikel 55, tweede lid, van het UAR-EG 1991 geïndiceerd. In zijn visie zou anders een opdrachtverlening op basis van een vrije mededinging illusoir worden. Aan de juridische redenering en de uitwerking van de Raad van Arbitrage, die leidt tot deze zeer strenge interpretatie van het begrip «passende aanbieding», kan aan logica niets worden ontzegd. Deze redenering doet inderdaad opgeld indien sprake zou zijn van een volledig vrije en transparante markt en dat is nu eigenlijk waar het aan lijkt te schorten. Het vermoeden bestaat immers dat de markt niet transparant is. Van een vrije markt kan – met het ernstige vermoeden dat Nederland nog niet vrij is van «knusse» kartelletjes¹³¹ – evenmin worden gesproken.

Steun voor de uitleg van de Raad van Arbitrage dat dit enige juiste uitleg zou zijn, wordt in de Richtlijn Werken niet gevonden. De wat mistige uitleg van de Commissie in haar Handleiding geeft, zoals uit de vorige paragraaf gebleken, ook onvoldoende aanknopingspunten hiertoe.¹³²

De President van de Rechtbank Haarlem vond de uitleg van de Commissie – in tegenstelling tot de door de Raad van Arbitrage gehanteerde uitleg – voldoende duidelijk. Hij achtte het maatschappelijk onaanvaardbaar, dat een aanbesteder die wordt geconfronteerd met alleen excessief hoge inschrijvingen, in het geheel niet zou mogen onderhandelen. Dit past niet binnen de beschrijving in de Handleiding van de Commissie. De President is van mening dat er geen grond is om aan de jurisprudentie [die van de Raad van Arbitrage] de voorkeur te geven boven de zijns ziens logische en dwingende toelichting van de Commissie. Hij concludeert vervolgens dat er ook sprake kan zijn van onaanvaardbaarheid van een inschrijving, indien er in de begroting van de inschrijver geen «kennelijke tekortkoming schuilt».¹³³

In de praktijk blijkt de bewijslast, ten gevolge van de door de Raad van Arbitrage uitgezette lijn, voor de aanbesteders erg zwaar. Gezien de stroom van uitspraken van de Raad van Arbitrage, bleken beroepen van aanbesteders hierop in een groot deel van de gevallen te sneuvelen.¹³⁴ Vergelijking met andere soortgelijke projecten is vrijwel niet mogelijk vanwege de uniciteit van ieder werk. Feitelijk lijkt een abnormaal hoge prijs alleen mogelijk aan te tonen als hard gemaakt kan worden, dat er prijsopdrivende afspraken zijn gemaakt. De gedachte komt in dit verband op om te spreken van een feitelijke «probatio diabolica».

Het kwam er dus feitelijk op neer dat de opdrachtgever of de aanbieder accepteerde of het werk niet gunde. Dat laatste was uiteraard vaak geen optie, evenmin als het werk omzetten in een ander werk. In zijn nadere toelichting op het UAR 2001 neemt het AVBB het op voor de door de Raad van Arbitrage ingezette lijn ten aanzien van de verdeling van de bewijslast. Het AVBB noemt de in de toelichting van het UAR 2001 gedane *suggestie* onjuist «dat deze rechtspraak ertoe leidt dat een aanbesteder ertoe gehouden is een werk op te dragen voor een prijs die de raming te boven gaat».¹³⁵ Hierboven is reeds aangetoond dat deze stelling niet zonder meer is vol te houden.

Hierbij dient overigens te worden opgemerkt, dat de zwaarte van de bewijslast voor een belangrijk deel is toe te schrijven aan de aanbestedende diensten die het gunningscriterium «laagste prijs» hanteren. Indien wordt gekozen voor de «economisch gunstigste inschrijving», is de hoogte van de prijs slechts één van de voor gunning van de opdracht van belang zijnde criteria. In dat geval heeft de aanbestedende dienst meer ruimte om andere voor hem van belang zijnde criteria mee te wegen.

¹³⁰ Zie onder meer het appelvonnis van de Raad van Arbitrage inzake de Kampense Waterkering van 5 juni 2000 (nr. 70 482).

¹³¹ Gormley, L.W., in een op 9 november 1995 te Leiden gehouden inleiding voor de Nederlandse Vereniging voor Informatierecht.

¹³² Handleiding: voorschriften van de Gemeenschap inzake overheidsopdrachten voor werken, Europese Commissie, Brussel, 1997, p. 31–32. Zie ook Pijnacker Hordijk en Van der Bend, t.a.p., p. 131 e.v.

¹³³ Pres. Rb. Haarlem van 20 juni 2000, rolnr. KG ZA 00–295 (Volker Wessels Stevin Bouw B.V. – Schiphol Real Estate B.V.).

¹³⁴ Zie onder meer vonnis Raad van Arbitrage van 29 december 2000, nr. 22 767, BR 2001, p. 607.

¹³⁵ UAR 2001 met toelichting, uitgave AVBB, Den Haag, p. 6.

Bij aanbesteders in de nutssectoren kwam het voor dat inschrijvingen snel als niet-passend werden aangemerkt, zodat vrij vlug een overstap naar een procedure van gunning via onderhandelingen kon worden gemaakt. Bij de aanbesteders bij de klassieke overheid lag dit, gegeven het feit dat een verslag van de gevoerde handelswijze onverwijld aan de Europese Commissie moet kunnen worden overgelegd, iets gecompliceerder. Aanbestedende diensten bij de klassieke overheid zullen dus veel terughoudender zijn.

Wijziging van bewijslast

In het UAR 2001 is met de door de Raad van Arbitrage ingezette lijn ten aanzien van de bewijslast gebroken. Artikel 20 bepaalt dat in het geval aanbestedingen zijn gedaan, die hoger zijn dan de aanbestedende dienst op basis van een zorgvuldige begroting *redelijkerwijs* mocht verwachten, de aanbesteder en de inschrijver die voor de opdracht het meest in aanmerking zou komen (meestal de laagste inschrijver) tot overleg worden verplicht. Daarnaast bepaalt het UAR 2001 – duidelijk anders dan het UAR 1986 – in artikel 24 dat de aanbestedende dienst *goede gronden* moet hebben om het werk niet op te dragen.¹³⁶ Wat die gronden zouden moeten zijn, wordt niet duidelijk aangegeven. Een van de gronden is evenwel, aldus artikel 24, negende lid, onder b., van het UAR 2001, de situatie dat aanbestedingen zijn gedaan die hoger zijn dan de aanbesteder op basis van een zorgvuldige begroting redelijkerwijs mocht verwachten en het, op grond van artikel 20, eerste lid, verplichte, overleg met de betreffende inschrijver daarin geen verandering heeft gebracht. De zorgvuldige begroting van de aanbesteder is daarmee het vertrekpunt geworden. Aan de hand daarvan mag worden vastgesteld of sprake is van een zodanig hoge inschrijvingsom, dat de aanbestedende dienst van gunning van het werk mag afzien. Het afbreken van overleg door een aanbestedende dienst kan niet zonder meer geschieden. Hij mag dit niet te snel doen of op een wijze dat dit in strijd met de redelijkheid en billijkheid moet worden geacht.¹³⁷ In zoverre bestaat er dus een *geclausuleerde gunningsplicht*. De aanbesteder moet lang en constructief dooroverleggen, voordat hij besluit de aanbesteding zonder gunning af te ronden.¹³⁸ Men spreekt in een dergelijk geval van een mislukte aanbesteding. Wil de aanbesteder de opdracht alsnog verstrekken, dan zal hij een volledig nieuwe aanbestedingsprocedure moeten starten op basis van een nieuw – gewijzigd – bestek. De vraag rijst waarom een nieuw bestek? De ratio hierachter is vrij eenvoudig. Zou het bestaande bestek opnieuw gebruikt mogen worden, dan zou een opdrachtgever hem niet zo welgevallige aanbestedingen steeds als niet passend kunnen aanmerken en vervolgens weer een nieuwe aanbesteding met dat bestek kunnen starten, totdat hij een hem welgevallige prijs heeft ontvangen. Dat is een vorm van leuren, hetgeen niet is toegestaan.

Het UAR 2001 wijkt met deze *geclausuleerde gunningsplicht* af van een eerder door Arrowsmith ingenomen standpunt. Zij is van mening dat niets zich er tegen verzet een lopende aanbestedingsprocedure te beëindigen en wel of niet een nieuwe procedure in te gaan.¹³⁹ Haar standpunt lijkt ook te worden bevestigd door het Europese Hof. In de uitspraak *Metalmeccanica Fracasso en Leitschutz Handel und Montage* overweegt het Hof «dat het door de Richtlijn 93/37 stilzwijgend erkende recht van de aanbestedende dienst om een aanbestede opdracht niet te plaatsen of de aanbestedingsprocedure opnieuw te beginnen, niet afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat er sprake is van gewichtige of uitzonderlijke omstandigheden».¹⁴⁰ In het arrest *Hospital Ingenieure II* wordt deze lijn doorgetrokken en stelt het Hof «dat de aanbestedende dienst, ingeval

¹³⁶ Het UAR 1986 stelde in artikel 24, eerste lid, dat een aanbesteder niet verplicht is het werk op te dragen. Dat uiterste redmiddel staat de aanbesteder dus niet langer ten dienste. Uitgangspunt is daarmee geworden dat een aanbesteding in beginsel tot verlening van een opdracht moet leiden.

¹³⁷ Raad van Arbitrage (kort geding), 8 juli 1992, nr. 15 890, BR 1993, p. 322. Zie ook M. A. M. C. van den Berg, Plas-Valburg in de toekomstige tijd, BR 1993, p. 417 e.v.

¹³⁸ Het overleg zal logischerwijze gaan over de voorwaarden en de prijs. Dat laatste staat echter op gespannen voet met het Gemeenschapsrecht, omdat over de essentialia van de aanbesteding – en daar wordt ook de prijs toe gerekend – in het algemeen niet mag worden onderhandeld.

¹³⁹ Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, London, 1996, p. 254 e.v.

¹⁴⁰ HvJ EG van 16 september 1999, zaak C-27/98, *Metalmeccanica Fracasso en Leitschutz Handel und Montage*, Jur. 1999, p. I-5697, r.o. 25.

hij besluit tot intrekking van een aanbesteding voor dienstverlening, weliswaar verplicht is de redenen voor zijn besluit aan de gegadigden en inschrijvers mee te delen, maar dat dit voor de aanbestedende dienst niet de verplichting inhoudt de aanbestedingsprocedure te voltooien». ¹⁴¹ Ook de VNG pleit voor een met redenen omkleed maar zonder bewijslast kunnen afbreken van een procedure. ¹⁴²

Hoe dit ook zij, het UAR 2001 neemt uitdrukkelijk afstand van de sedert 1986 door de Raad van Arbitrage op dit vlak ontwikkelde jurisprudentie. De uitleg door de Raad van Arbitrage kan niet anders dan in het voordeel voor de bouwwereld worden uitgelegd. In ieder geval was dit voor de overheid voldoende reden in het nieuwe UAR hiermee korte metten te maken. Het zwaartepunt van de beoordeling is bij de *zorgvuldigheid* van de begroting van de aanbesteder komen te liggen. De aanbestedende dienst moet niet gedwongen kunnen worden een inschrijfsom te aanvaarden die hij niet behoefde te verwachten, ongeacht of in de begroting van de inschrijver (kennelijke) fouten zijn geslopen.

3.5 Uitsluiting

3.5.1 De Enquêtecommissie Opsporingsmethoden over uitwassen

Het rapport van de Enquêtecommissie Opsporingsmethoden bevat een deelonderzoek over de bouwnijverheid. Daaruit valt op te maken dat men in de delen van de bouwnijverheid die afhankelijk zijn van overheidsopdrachten, bedacht dient te zijn op de volgende vergrijpen: diefstal, vernielingen, geweld, liquidaties, brandstichting en bomaanslagen, ontvoeringen, intimidatie, afpersing, koppelbazerij en infiltratie. ¹⁴³ Het rapport stelt in de conclusies evenwel dat er geen goede officieel geregistreerde informatie bestaat, ook geen vertrouwelijke, over de aard en het voorkomen van corruptie in de bouw. *«Wij moeten ons kunnen baseren op het feitelijk voorkomen van dat soort gedrag en niet op geruchten en allerlei vormen van kwaadsprekerij. Een zelfde opmerking kan worden gemaakt over het «lekker» van bouwplannen waardoor handige zakenlui en projectontwikkelaars grond voordelig opkopen en vervolgens met flinke winst verkopen. Ook hier is vaak sprake van geruchten en verdachtmakingen en soms wel heel toevallige gebeurtenissen. Echter, feitelijke kennis op grond waarvan een onderscheid kan worden aangebracht tussen handig koopmansgedrag en corruptie door ambtenaren en politici bestaat er niet»*, stelt het rapport. ¹⁴⁴ *«In Nederland is de bouwnijverheid slachtoffer van diefstallen van bouwmaterialen en vernielingen. Geweld, ontvoeringen, liquidaties, intimidatie en afpersing komen in Nederland in deze branche niet voor»*, concludeert de Enquêtecommissie Opsporingsmethoden verder. ¹⁴⁵

¹⁴¹ HvJ EG van 18 juni 2002, zaak C-92/00, Hospital Ingenieure II, n.n.g., overweging 41.

¹⁴² Zie brief VNG aan de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid van 5 juli 2002, p. 9.

¹⁴³ Georganiseerde criminaliteit in Nederland: de bouwwereld, G.J.N. Bruinsma, Universiteit Twente, Kamerstukken II, 1995–1996, 24 072, nr. 18, p. 211 e.v.

¹⁴⁴ Kamerstukken II, 1995–1996, 24 072, nr. 18, p. 255.

¹⁴⁵ Kamerstukken II, 1995–1996, 24 072, nrs. 10–11, p. 49.

¹⁴⁶ Kamerstukken II, 1995–1996, 24 072, nrs. 10–11, p. 49.

Toch is er volgens Enquêtecommissie Opsporingsmethoden reden tot zorg. De kwetsbaarheid van de bouwnijverheid is wel degelijk aanwezig. In het buitenland is dit significant aangetoond en waarom zouden deze vormen van georganiseerde criminaliteit de Nederlandse bouwnijverheid voorbij gaan? ¹⁴⁶ De informatie die de aanleiding is geweest voor de instelling van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid lijkt deze conclusies te nuanceren. Deze mogelijk ook in Nederland voorkomende praktijken, maken het kunnen uitsluiten van gegadigden en inschrijvers op bouwwerken ten behoeve van met name de overheid van groot belang. Op welke gronden kan dat volgens het huidige aanbestedingsrecht geschieden en welke criteria worden daarbij aangelegd? Is categorische uitsluiting van bedrijven mogelijk of dient de

mogelijkheid van uitsluiting voor elke aanbesteding afzonderlijk te worden gezien? In hoeverre biedt het recente wetsvoorstel ter bevordering van integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (BIBOB) aangrijpingspunten voor een uitsluitingsbeleid?

Op uitnodiging van de Tweede Kamer berichtten op 5 december 2001 de staatssecretaris van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer en de ministers van Verkeer en Waterstaat en van Economische Zaken over een eerste evaluatie van de aanbestedingsregels en – praktijk van de rijksoverheid.¹⁴⁷ In deze brief is een groot aantal acties en onderzoeken opgesomd die het kabinet naar aanleiding van vermeende onregelmatigheden in de bouwnijverheid voornemens is te initiëren.¹⁴⁸ Een van de aangekondigde acties betrof het invoeren van een rijksbrede lijst met uitgesloten bedrijven (een «zwarte lijst»). Daarbij zou worden nagegaan, in hoeverre aan deze lijst een terugwerkende kracht kon worden toegekend. Er kunnen echter twijfels bestaan met betrekking tot de verenigbaarheid van een dergelijke *zwarte lijst* met het Gemeenschapsrecht. Een zwarte lijst zou, zoals hierna wordt uiteengezet, strijdig kunnen zijn met de Europese beginselen van proportionaliteit en non-discriminatie. Daarnaast heeft een dergelijke zwarte lijst ook een sterk punitief karakter, waardoor de beginselen van artikel 6 EVRM relevant kunnen zijn. Uitsluiting zal derhalve steeds op basis van een beoordeling voor een individuele situatie moeten plaatsvinden. Een generieke uitsluiting, ofwel een uitsluiting niet voor een enkele aanbesteding maar voor een langere periode, is daarvoor – vanuit juridisch perspectief – niet het geëigende middel.

3.5.2 Uitsluitingsgronden

Het aanbestedingsrecht kent een essentieel onderscheid tussen de kwalitatieve selectiecriteria en de gunningscriteria. De kwalitatieve selectiecriteria zien op de «persoon» van de aanbieder. De gunningscriteria hebben betrekking op de «eigenschappen van het aangeboden». ¹⁴⁹ Dit onderscheid wordt onder meer zichtbaar in artikel 18 van de richtlijn Werken: «*Gunning vindt [...] plaats [op basis van de toepasselijke gunningscriteria], nadat de geschiktheid van de aannemers die niet uit hoofde van artikel 24 zijn uitgesloten, door de aanbestedende diensten is nagegaan overeenkomstig de [...] criteria betreffende de economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid.*» ¹⁵⁰

Met betrekking tot de regels ten aanzien van de kwalitatieve beoordeling en selectie van aannemers moet een onderscheid worden gemaakt tussen:

- de *uitsluitingsgronden*. Dit zijn gronden betreffende de persoon van de aannemer, die diens uitsluiting van deelneming aan aanbestedingen in het algemeen kunnen rechtvaardigen;
- de *geschiktheidseisen*. Dit zijn eisen van kwalitatieve aard ten aanzien van de persoon van de aannemer, waaraan deze tenminste dient te voldoen alvorens hij voor gunning van een opdracht in aanmerking zou kunnen komen;
- de *selectiecriteria*. De criteria op grond waarvan de gegadigden, die zich voor de uitvoering van een bouwwerk hebben aangemeld en die niet op de eerste twee gronden reeds zijn afgewezen, worden geselecteerd die tot de inschrijving worden uitgenodigd.

De richtlijnen voor de klassieke overheid kennen telkens een (vrijwel woordelijk) identieke limitatieve opsomming van uitsluitingsgronden.¹⁵¹

¹⁴⁷ Kamerstukken II, 2001–2002, 28 093, nr. 18.

¹⁴⁸ Kamerstukken II, 2001–2002, 28 093, nr. 18, p. 16–18.

¹⁴⁹ Zie uitvoerig over dit onderscheid AG Darmon in zaak 31/87, Beentjes, Jur. 1988, p. 4635 e.v.

¹⁵⁰ In de Richtlijn Nutssectoren ontbreekt een dergelijke sleutelbepaling, doch deze richtlijn kent wel een zelfde onderscheid.

¹⁵¹ De Richtlijn Nutssectoren stelt in artikel 31, tweede lid, dat de door de aanbestedende dienst te stellen criteria ook de uitsluitingscriteria kunnen omvatten als weergegeven in de richtlijnen voor werken en leveringen. De tekst verwijst naar de inmiddels vervangen richtlijnen.

Opvallend is dat een aanbestedende dienst een gegadigde of inschrijver, ten aanzien van wie zich een uitsluitingsgrond voordoet, van verdere deelneming kan uitsluiten. De richtlijnen verplichten aanbestedende diensten daartoe echter uitdrukkelijk niet.¹⁵² Het is een discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende dienst. Het is voor concurrenten derhalve niet mogelijk de aanbestedende dienst te dwingen van zijn bevoegdheid in deze gebruik te maken.

Dit zou anders zijn indien de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht, in het preselektiedocument of in het bestek reeds op voorhand heeft verklaard een uitsluitingsgrond daadwerkelijk te willen toepassen. Dan brengt het vertrouwensbeginsel met zich dat de aanbestedende dienst ook doet wat hij zegt.

Manunza merkt nog een andere beperking van de uitsluitingsgronden op.¹⁵³ De Richtlijn Werken gebruikt bij de uitsluitingsgronden de bewoording «aannemer». Dit kan problemen veroorzaken indien deze aannemer een rechtspersoon is. Zo schetst zij de situatie dat werknemers, bestuurders, directeuren of aandeelhouders van de inschrijvende rechtspersoon veroordeeld zijn geweest voor een delict, dat door zijn aard de beroepsmoraal van de aannemer aantast, dan wel een ernstige beroepsfout hebben begaan of door een andere reden voor uitsluiting in aanmerking komen. In dat geval zou het naar haar oordeel niet mogelijk zijn om de inschrijvende rechtspersoon uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure. Dit lijkt een hard punt. De aanbestedende dienst zou het rechtstreekse verband tussen die daad en de toepasselijkheid van de uitsluitingsgronden op die rechtspersoon moeten kunnen aantonen. Dat zal in de praktijk niet altijd even gemakkelijk blijken te zijn. In het bijzonder bij economische delicten komt het evenwel regelmatig voor dat het handelen van een leidinggevende, een bestuurder of een directeur aan de rechtspersoon wordt toegerekend. Voor de gevallen dat een feitelijk leidinggevende of een feitelijk opdrachtgever is veroordeeld voor een aan de rechtspersoon toegerekend strafbaar feit, zou een (wettelijke) voorziening moeten worden getroffen om bij de beslissing ten aanzien van de uitsluiting van een rechtspersoon rekening te mogen houden met de veroordeling van die natuurlijke personen. Een soortgelijke lacune kan worden geconstateerd bij door concernonderdelen gepleegde strafbare feiten (moeder-, dochter- en zusterbedrijven, de zogenaamde ketenproblematiek).

¹⁵² In het door de Commissie op 10 mei 2000 gepresenteerde wetgevend pakket (COM (2000) 275 & 276 def.) is met betrekking tot misbruik van en fraude met communautaire gelden een verplichte uitsluiting opgenomen voor onherroepelijk veroordeelde gegadigden en inschrijvers op wie deze bepalingen van toepassing zijn. Dit lijkt echter een in de praktijk een moeilijk controleerbare – zeker ten aanzien van gegadigden en inschrijvers afkomstig uit andere lidstaten – en daarmee ook nauwelijks handhaafbare bepaling.

¹⁵³ Manunza, E., EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit, diss., Kluwer, 2001, p. 281.

¹⁵⁴ De andere gronden gaan over het verkeren in staat van faillissement, surseance van betaling, het niet voldaan hebben aan sociale-verzekeringsbijdragen en/of belastingverplichtingen en het afleggen van valse verklaringen.

¹⁵⁵ Artikel 7, eerste lid.

¹⁵⁶ Artikel 7, derde lid.

3.5.3 Criteria

Artikel 24 van de Richtlijn Werken onderscheidt een zevental criteria op grond waarvan een aannemer van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten.

Het artikel geeft een uitputtende opsomming; er is sprake van een gesloten stelsel. Het is derhalve niet toegestaan deze limitatieve lijst aan te vullen met andere gronden.

De in het kader van dit onderzoek twee meest relevante gronden,¹⁵⁴ zijn de gronden waarbij een aannemer kan worden uitgesloten:

- c. «die, bij een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan, veroordeeld is geweest voor een delict dat de professionele integriteit van de aannemer in het gedrang brengt;
- d. die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken;»

Deze uitsluitingsgronden zijn ook opgenomen in het UAR-EG 1991¹⁵⁵ en in een soberder vorm in het UAR 1986 (thans UAR 2001)¹⁵⁶ en de Richtlijn

Nutssectoren.¹⁵⁷ In de literatuur wordt zelfs aangenomen dat ook de aanbestedende diensten in de nutssector, al is de betreffende bepaling daar sober van aard, niet gerechtigd zouden zijn andere uitsluitingscriteria te hanteren dan genoemd in de richtlijnen Werken en Leveringen.¹⁵⁸

Aanbestedende diensten kunnen een bewijs verlangen dat (onder meer) de c-grond niet op een aannemer van toepassing is. Op grond van de richtlijn kan de aannemer hieraan tegemoet komen door een uittreksel uit het strafregister te overhandigen of, bij ontbreken daarvan, een gelijkwaardig document, afgegeven door een gerechtelijke of bevoegde overheidsinstantie van het land van oorsprong of van herkomst waaruit blijkt dat aan deze eisen is voldaan. «Indien geen zodanig document of getuigschrift door het betrokken land wordt afgegeven, kan dit worden vervangen door een verklaring onder ede – of, in de lidstaten waar niet in een eed is voorzien, door een plechtige verklaring – die door de betrokkene is afgelegd ten overstaan van een gerechtelijke of overheidsinstantie, een notaris of een bevoegde beroepsorganisatie van het land van oorsprong of herkomst.»¹⁵⁹

Wellicht zouden ook de hierboven genoemde *selectiecriteria* een bijdrage kunnen verlenen bij het uitsluiten van ongewenste subjecten. Gegeven het systeem van de uitsluitingsgronden lijkt echter een grote terughoudendheid in het gebruik hiervan – zo het al in het kader van het doel en strekking van de aanbestedingsregels zou passen – geïndiceerd.

Bij de c- en de d-grond gaat het om een onherroepelijke veroordeling voor een delict betreffende de professionele integriteit, onderscheidenlijk om een ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep.

3.5.4 Veroordeling wegens strijd met de professionele integriteit

De strekking van de bepaling die de mogelijkheid opent tot het uitsluiten van aannemers die zich schuldig hebben gemaakt aan feiten «*die de professionele integriteit van de aanbieder in het gedrang brengt*» (de c-grond), is niet zonder meer duidelijk.

Om welke feiten gaat het? Allereerst moet men daarbij aansluiting zoeken bij het doel van de richtlijn zelf. De richtlijnen moeten voor hun interpretatie steeds gezien worden in het licht van het EG-Verdrag.

De aanbestedingsrichtlijnen zijn gericht op het bevorderen van het vrij verkeer van goederen en diensten, op het voltooiën van de gemeenschappelijke markt. In dat licht zou vrijwel ieder niet-integer handelen dat deze grondbeginselen doorkruist en waarover de rechter een onherroepelijk veroordelend oordeel heeft uitgesproken als strijdig met de professionele integriteit moeten worden aangemerkt. Dat is echter een heel ruim speelveld. De Richtlijn Werken geeft geen verdere indicatie die leidt naar een invulling van dit begrip.

Struiksma en Michiels menen dat met de c-grond bedoeld kan zijn op het plegen van misdrijven die waren gericht op het verkrijgen van vergunningen of opdrachten (een veel beperkter speelveld, dat neigt naar delicten als fraude en omkoping).¹⁶⁰ Zij beperken zich tot strafbare feiten.

De richtlijn zal evenwel niet doelen op delicten als openbare dronkenschap of snelheidsovertredingen. Dat ligt in ieder geval niet in de rede. In zijn brief aan de Tweede Kamer van 5 december 2001 hanteert het kabinet het begrip «fraude» in het kader van de onregelmatigheden in de bouwsector. Het geeft er echter geen omschrijving of definitie van. Fraude is een containerbegrip. De term komt in het Wetboek van Strafrecht niet voor. Het begrip fraude is niet vastomlijnd. Het maakt door de tijd heen

¹⁵⁷ Artikel 31, tweede lid.

¹⁵⁸ Pijnacker Hordijk en Van der Bend, t.a.p., p. 199.

¹⁵⁹ Artikel 24 richtlijn 93/37/EEG.

¹⁶⁰ Struiksma, J. en F. C. M. A. Michiels, Gewapend Bestuursrecht, Tjeenk Willink, 1994, p. 59.

een ontwikkeling door en verkrijgt daarmee een steeds iets andere inhoud en omvang.¹⁶¹ Het gaat evenwel steeds om strafbaar gestelde gedragingen, die gericht zijn op zelfbevoordeling en die veelal een duidelijk doleus karakter hebben.

In artikel 280 EG staat ook een bepaling over fraude. De richtlijnen moeten als gezegd voor hun interpretatie steeds worden gezien in het licht van het EG-Verdrag. In dit verband geldt dat in beginsel ook voor de algemene fraudebepaling van artikel 280 EG. Dit artikel is een algemene bepaling om fraude te bestrijden. Daarin wordt evenmin een echte definitie gegeven; het wordt rechtstreeks in verband gebracht met «alle andere onwettige activiteiten waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad». Het combineert dus de «onwettige gedragingen» rechtstreeks met een strijdigheid daarvan met de «financiële belangen van de Gemeenschap en de lidstaten». Dergelijke gedragingen moeten met afschrikwekkende maatregelen worden bestreden, aldus artikel 280 EG.

Aangenomen mag worden dat de preventie en bestrijding van fraude op Gemeenschapsniveau vooral gericht is op de bescherming van financiële belangen. Dat is echter een principieel ander belang dan het belang van de aanbestedingsrichtlijnen. Daar gaat het om het voltooiën van de gemeenschappelijke markt en daarmee om de bescherming van de belangen van de deelnemers in de interne markt. Het doel van de aanbestedingsrichtlijnen is immers «belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten en goederen op te heffen en dus om de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden.»¹⁶²

Beide belangen sluiten elkaar echter niet uit. Het gaat bij beide onder meer om integriteit. «*Government procurement systems also, however, implement non-commercial objectives. One is integrity, a concept covering, but not confined to, absence of corruption. Integrity of course has an impact on value for money, but is also pursued for other reasons, such as to remove sources of funding for criminal organisations or to avoid political scandal*», aldus professor Sue Arrowsmith.¹⁶³ Een integratie van «de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en de lidstaten» en «het wegnemen van belemmeringen in het vrij verkeer van goederen en diensten» is goed te verdedigen. De toepassing van de c-grond (maar ook de d-grond) kan alleen geschieden indien het gedragingen betreft, waardoor een aannemer in *redelijkheid* niet geacht mag worden op een *gelijke behandeling* met andere aannemers *recht te kunnen doen gelden*. Of door zijn gedragingen de eerlijke mededinging is vervalst, dan wel er verwijtbaar gehandeld is in strijd met de financiële belangen van de Gemeenschap of de lidstaten (of een combinatie daarvan), lijkt minder relevant. Het moet gaan om activiteiten die in strijd zijn met een integriteitsgedrag, zoals men dat in het maatschappelijk verkeer mag verwachten. Het kan daarbij gaan om een verstoring van een relatie tussen opdrachtgever en aannemer(s) dan wel de relaties tussen aannemers onderling. De c-grond is ruimer dan fraude alleen. Het zal daarbij ook blijken te gaan om delicten waardoor hij lager kan inschrijven omdat hij zich niet aan regels houdt, waaraan concurrenten zich wel houden (bijvoorbeeld handelen in strijd met ARBO- en milieuwetgeving), waardoor de eerlijke mededinging wordt belemmerd. Daarbij hoeft het niet alleen te gaan om uitspraken van de strafrechter, maar ook van de administratieve of civiele rechter. Een en

¹⁶¹ Brants, C. H. en K. L. K. Brants, *De sociale constructie van fraude*, diss., Gouda Quint, Arnhem, 1991, p. 4 e.v.

¹⁶² HvJ EG 18 oktober 2001, zaak C-19/00, SIAC Construction Ltd – County Council of the County of Mayo, n.n.g., punt 32, en zie ook HvJ EG van 3 oktober 2000, zaak C-380/98, University of Cambridge, Jur. 2000, p. I-8035, punt 16.

¹⁶³ Arrowsmith, S., *The E.C. procurement directives, national procurement policies and better governance: the case for a new approach*, *European Law Review* (E.L.Re.v.), (2002) 27, p. 6.

ander moet echter wel door een aanbestedende dienst op deugdelijke en verifieerbare gronden kunnen worden aangetoond.

3.5.5 *Ernstige beroepsfout*

Aan de toepassing van de c-grond moet een onherroepelijke (rechterlijke) veroordeling ten grondslag liggen met betrekking tot een delict dat de professionele integriteit in het gedrang brengt. Bij de d-grond moet de betreffende aannemer in de uitoefening van zijn beroep «een ernstige fout» hebben begaan. De aanbestedende dienst kan deze fout vaststellen op elke grond die zij *aannemelijk* kan maken. Net als bij de c-grond kan men zich ook bij deze uitsluitingsgrond afvragen: op wat voor een fouten ziet de richtlijn nu precies? De richtlijn zelf geeft hierover geen uitsluitsel. Wel is duidelijk dat het niet alleen gaat om begane technische fouten in de uitvoering of fouten in de uitvoering van een aannemingsovereenkomst. Het betreft een veel breder gebied. Naast fouten in de uitvoering zou deze uitsluitingsgrond net als de c-grond betrekking hebben op (onder meer) «omkoping». Dit zou moeten blijken uit de Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over het beleid van de Unie ter bestrijding van corruptie van 21 mei 1997.¹⁶⁴ De conclusie van de Commissie is erg stellig. Zij behelst slechts een regel, zonder verdere onderbouwing. Naar mag worden aangenomen is zij er pas later in gelezen. Niettemin lijkt deze uitsluitingsgrond inderdaad betrekking te hebben op onoirbaar gedrag van potentiële gegadigden en inschrijvers, dat zich niet verdraagt met een transparante en op eerlijke mededinging gerichte markt. Dat zou uitsluiting van een aanbesteding rechtvaardigen. Blijkbaar ziet de Commissie deze uitsluitingsgrond als een mogelijkheid om sommige gegadigden een gelijke behandeling met andere aannemers te ontzeggen, terwijl bedoelde inschrijvers *niet* zijn veroordeeld wegens een feit dat de «professionele integriteit van de aannemer in het gedrang brengt».

De uitleg van de d-grond, waarbij een aanbestedende dienst de toepassing met elke grond aannemelijk mag maken, lijkt te conflicteren met de invulling van de c-grond. De laatste is immers met veel waarborgen (een onherroepelijk rechterlijke uitspraak) omgeven. Vraagtekens mogen worden gesteld bij de gedachte, dat onoirbare activiteiten of andere met de integriteit strijdige activiteiten, waarbij geen sprake is van een (onherroepelijke) veroordeling zonder meer kunnen worden ondergebracht in de d-grond. Dit zou de d-grond tot een soort van restcategorie maken. Dit lijkt niet in lijn te zijn met de gedachte van de Europese wetgever. Dit zou de conclusie kunnen rechtvaardigen, dat met de d-grond terughoudend moet worden omgegaan. Anderzijds heeft het HvJ EG uitgesproken dat de richtlijnen geen eenvormige en uitputtende communautaire regelingen beogen te zijn. De lidstaten zijn derhalve vrij om – binnen de kaders van het Gemeenschapsrecht – nadere materiële en procedurele regels te stellen.¹⁶⁵ Dit betekent dat op nationaal niveau nadere uitwerking van de uitsluitingsgronden kan plaatsvinden. In dit licht zou een in een wettelijk kader opgenomen opsomming van delicten en vergrijpen, die tot uitsluiting kunnen leiden, wenselijk zijn.

Manunza is van mening dat deze uitsluitingsgrond geen uitkomst biedt in die situaties waarin sprake is van andere vormen van corruptie, maar vooral in die situaties waar sprake is van de meer complexe vormen van misdrijven inzake criminele organisaties.¹⁶⁶ Deze uitsluitingsgrond is evenmin toereikend om een onderneming voor het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure uit te sluiten, indien deze voor een misdrijf is

¹⁶⁴ COM (97) 192 def., paragraaf II.3.1, Richtlijnen inzake overheidsopdrachten, punt 31.

¹⁶⁵ HvJ EG van 26 september 2000, zaak C-225/98, Commissie Frankrijk, Jur. 2000, p. 7445.

¹⁶⁶ Manunza, E., EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit, t.a.p., p. 282.

veroordeeld maar het vonnis nog niet in kracht van gewijsde is gegaan. Hetzelfde geldt voor een veroordeling die niet in relatie kan worden gebracht met het verstrekken van overheidsopdrachten of met een eerlijke mededinging.

Van Wassenaer stelt dat voor een toepassing van de d-grond er sprake moet zijn van *harde bewijzen van zeer ernstige fouten*.¹⁶⁷ «Het enkele vermoeden van corruptie, kwade reuk zonder aanwijsbare bron en andere vage verdenkingen» lijken hem op zichzelf geen reden te zijn om een potentiële inschrijver of gegadigde te weigeren. Niemand is immers schuldig zolang hij niet bij rechterlijk vonnis is veroordeeld.

Volgens een door Manunza verricht rechtsvergelijkend onderzoek bestaat er in Nederland, België, Spanje, Verenigd Koninkrijk en Zweden een duidelijke consensus, dat inschrijvers niet van aanbestedingsprocedures kunnen worden uitgesloten op grond van een enkel vermoeden van criminele gedragingen waarover geen in kracht van gewijsde gegaan vonnis bestaat.¹⁶⁸ Aanbestedende diensten beroepen zich (althans tot op heden) niet of slechts zelden op de uitsluitingsgrond «ernstige beroepsfout» om inschrijvers uit te sluiten, waarvan alleen maar een vermoeden bestaat dat zij zich schuldig hebben gemaakt aan strafbare feiten. Dit kan een gevolg zijn van het feit dat men tot op heden alleen over informele aanwijzingen kon beschikken van het plegen van strafbare feiten of het beramen ervan. Het is dus een bewijsprobleem.

Toepassing van de d-grond zou daarmee tot een voorzichtig balanceren op het koord lijken te worden. Opmerkelijk is daarom het standpunt van het kabinet in zijn brief van 7 mei 2002.¹⁶⁹ Het kabinet is van mening dat transacties tussen een onderneming en het OM voldoende grond voor uitsluiting van de betrokken onderneming kunnen vormen; te vergelijken met een onherroepelijke veroordeling. Het kabinet constateert voorts dat dit in overeenstemming met het Europees recht is.

OM-transactie als grond

De richtlijn spreekt van «elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken». De vraag rijst echter of een door een verdachte aanvaarde transactie altijd als een bewijs voor de aanwezigheid van bestaand onoirbaar gedrag mag worden beschouwd. In de praktijk zal deze evenwel vaak zijn schuld ook hebben aanvaard.

Transacties mogen door het Openbaar Ministerie formeel alleen worden aangeboden als een zaak in beginsel gereed is voor het aanbrengen ter zitting en tot een veroordelend vonnis kan leiden. Dat betekent echter nog niet dat de betrokkene dus ook «schuldig» is. Een strafrechter kan, beide partijen gehoord hebbend, tot een andere conclusie komen en de verdachte vrijspreken of ontslaan van alle rechtsvervolging. Daarnaast worden in de praktijk – uit efficiency-overwegingen – transacties aangeboden voor feiten die nog niet helemaal «panklaar» zijn. Voorts worden ook transacties aangeboden op verzoek van de betrokkene. Voor grote beursgenoteerde ondernemingen kan de schade van het betalen van een transactie – ook al is of acht men zich in het geheel niet schuldig aan een delict – veel geringer zijn dan het laten doorgaan van een strafrechtelijk onderzoek of het afwachten van een gang naar de rechter. Een dergelijk strafrechtelijk onderzoek kan effecten hebben op koersen, kan grote opdrachtgevers afschrikken of kan financiering van investeringen in gevaar brengen.

De door het kabinet in zijn brief van 7 mei 2002 gehanteerde stelling, dat een transactie op een zelfde wijze kan worden beoordeeld als een onherroepelijke veroordeling, is echter niet onomstreden. Ook de conclusie dat een dergelijke interpretatie in overeenstemming is met het

¹⁶⁷ Van Wassenaer van Catwijck, A.G.J., De prijs van bederf Over corruptie in de wereld van Overheidsopdrachten, Jaarboek 1995–1996 N.V.v.A., Van Romburgh, H.D. (red.), Samsom, Alphen aan de Rijn, 1997, p. 59.

¹⁶⁸ Preventie en bestuurlijke aanpak van georganiseerde criminaliteit, een in 1997 in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken door het T.M.C. Asser Instituut verricht onderzoek. Manunza heeft in september 2000 nog geconcludeerd dat deze situatie nog niet blijkt te zijn veranderd.

¹⁶⁹ Kamerstukken II, 2001–2002, 28 093, nr. 29, p. 2.

Europees recht, vindt geen steun in de richtlijnen. In het derde bericht van het kabinet over de voortgang van zijn acties in het kader van de onregelmatigheden in de bouwsector wordt meegedeeld dat bij de voornoemde wijziging van de aanbestedingsrichtlijnen een voorziening wordt getroffen om een nadere invulling mogelijk te maken; onder meer door het opnemen van de transactie als uitsluitingsgrond.¹⁷⁰ De richtlijnen spreken van een *beroepsfout*. Uit het bovenstaande blijkt dat het betalen van een door het Openbaar Ministerie aangeboden transactie geen schulderkenning behoeft te zijn. Het kan ook het «afkopen» van vervolging inhouden en daarmee de nodige rust creëren. Dat het kabinet van de houdbaarheid van zijn eigen stelling niet zeker is, kan misschien worden afgeleid uit de wens om de door het kabinet te hanteren uitsluitingsgrond uitdrukkelijk in de Europese aanbestedingsrichtlijnen te doen opnemen.

Boetebeschikking

Met het oog op de mogelijkheid om bepaalde aannemers voor een aanbestedingsprocedure uit te sluiten op grond van het hebben begaan van feiten die de integriteit in het gedrang brengen of «ernstige beroepsfouten», wordt in het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* een interessante ontwikkeling gesuggereerd.¹⁷¹ Hierboven werd geconcludeerd dat een door het Openbaar Ministerie aangeboden transactie in beginsel een te weinig krachtig middel is om het begaan hebben van een ernstige beroepsfout aan te kunnen tonen. Evenmin kan een transactie gelijk gesteld worden met een onherroepelijke rechterlijke veroordeling. In het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* wordt het eerder in het preadvies van Knigge ten behoeve van de Nederlandse Juristen-Vereeniging van 1994 bepleite voorstel voor buitengerechtelijke afdoening verder uitgewerkt.¹⁷² In dit voorstel wordt de transactie afgeschaft en vervangen door een procedure waarin de officier van justitie een boetebeschikking neemt, waartegen de betrokkene beroep kan aantekenen bij de strafrechter. Uit het aanvaarden van de boetebeschikking – door te berusten en de opgelegde boete te betalen – zou men mogen afleiden dat de betrokkene daarmee tevens zijn schuld aan het gepleegde feit erkent. In feite zou een dergelijk systeem in grote lijnen overeenkomen met het huidige systeem voor het afdoen van verkeersboeten op grond van de Wet administratieve handhaving verkeersvoorschriften (de Wet Mulder). Een dergelijke afdoening van strafbare feiten zal, wat het aanbestedingsrecht betreft, een voldoende harde grondslag kunnen opleveren voor de uitsluiting van een gegadigde of inschrijver in een bepaalde aanbestedingsprocedure binnen het in de aanbestedingsrichtlijnen neergelegde gesloten systeem van uitsluitingsgronden. In deze zienswijze wordt een gelijkschakeling van een onherroepelijk geworden boetebeschikking met een in kracht van gewijsde gegane veroordeling door de strafrechter pleitbaar geacht.

3.5.6 Proportionaliteit en subsidiariteit

Terecht merkt het kabinet in zijn aangehaalde brief van 7 mei 2002 aan de Tweede Kamer op dat een besluit of daadwerkelijk tot uitsluiting wordt overgegaan, dient te worden beoordeeld in het kader van iedere specifieke aanbesteding. Een eventuele uitsluiting dient proportioneel en niet-discriminatoir te zijn.¹⁷³ Van Wassenaer is van mening dat het straffen met uitsluiting van een heel aannemingsconcern voor de fouten van een uitvoerder bij een relatief onbelangrijk werk van een van de dochters wat ver gaat. Ook de veroordeling van een directeur wegens omkoping in

¹⁷⁰ Kamerstukken II, 2001–2002, 28 093, nr. 30, p. 3.

¹⁷¹ Groenhuijsen, M.S. & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interim-rapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer, Gouda Quint 2001, p. 119 e.v.

¹⁷² Knigge, G., *De strafvordering in het geding*, preadvies in: *Herbezinning op (de grondslagen) van het Wetboek van Strafvordering*, *Handelingen NJV*, 124e jaargang, 1994-I, p. 59–60.

¹⁷³ Kamerstukken II, 2001–2002, 28 093, nr. 29, p. 2.

Indonesië, die later de rest van het concern in Nederland voor een reeks van jaren nog blijft achtervolgen, lijkt een beetje ver gaan.¹⁷⁴

De vraag is derhalve wat men met uitsluiting wil bereiken en tot hoever de mogelijkheden voor uitsluiting gaan?

Kort gezegd zou men met uitsluiting willen bereiken, dat de eerlijke mededinging bij het gunnen van bouwopdrachten wordt gewaarborgd. Sleutelwoorden zijn daarbij: objectiviteit, transparantie en eenduidigheid. Slechts op deze wijze kan een evenwichtige prijsvorming optreden. Zij die hieraan niet willen meewerken of daarvan in het verleden (herhaaldelijk) blijk hebben gegeven, moeten kunnen worden uitgesloten. Dat maakt het wenselijk dat er voldoende concrete mogelijkheden voor uitsluiting bestaan.

Uitsluiting dient proportioneel te worden toegepast. Of de uitsluiting in het geval van één onherroepelijke veroordeling voor fraude zou moeten gelden voor één groot project of bij herhaling voor een reeks kleinere opdrachten, is afhankelijk van de te vergeven opdracht. In het huidige beleid dient dit aan het oordeel van de aanbestedende diensten te worden overgelaten.

Daarnaast zou wellicht, analoog aan het strafrecht, nog de subsidiariteit een rol kunnen spelen. Uitsluiting is immers een zwaar middel. De subsidiariteit brengt met zich dat een aanbestedende dienst moet beoordelen of er ook lichtere middelen ter beschikking zouden kunnen staan, die voor de aanbestedende dienst een voldoende waarborg bieden om potentiële opdrachtnemers op een adequate wijze aan zijn integriteits-eisen te binden.

Het aanbestedingsrecht ziet op de procedure die moet leiden tot een overeenkomst, in casu een aannemingsovereenkomst. De aanbestedingsregelgeving is gebaseerd op objectiviteit, transparantie en non-discriminatie. Dat brengt met zich dat aan de ene potentiële gegadigde geen andere eisen mogen worden gesteld dan aan een andere gegadigde. De procedure dient met andere woorden voor een ieder gelijk te zijn. Een subsidiariteitseis als bijvoorbeeld: «voor een inschrijver die onherroepelijk is veroordeeld voor een delict dat in strijd is met de professionele integriteit, dan gelden de volgende aanvullende regels», is naar verwachting niet in lijn met de uitgangspunten van de richtlijnen. Op grond hiervan komt men niet toe aan de mogelijkheid tot het stellen van subsidiariteitseisen, maar slechts aan een uitsluiten of een ongeclausuleerd toelaten.

3.6 Wet BIBOB en aanbesteding

3.6.1 Integriteitsbeoordeling

Het kabinet biedt in de Wet BIBOB een instrumentarium aan om bedrijven die zich schuldig hebben gemaakt aan fraude uit te sluiten van aanbestedingen.¹⁷⁵

De Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden heeft het onderwerp «openbare aanbesteding en corruptie» sterk in de belangstelling doen stijgen. De overheid heeft bij de beleidsontwikkeling de nadruk gelegd op het feit, dat het openbaar bestuur zijn eigen integriteit moet kunnen waarborgen in relatie met derden. Het betreft zowel zijn bestuurlijke rol bij het verlenen van subsidies en vergunningen, als zijn civielrechtelijke rol als contractspartij bij aanbestedingen en andere verbintenissen.¹⁷⁶ Het huidige onderzoek naar de bouwnijverheid laat zien dat de overheid behoefte heeft aan een modern instrument om bedrijven te kunnen screenen. Een integere overheid dient zoveel mogelijk te

¹⁷⁴ Van Wassenae van Catwijck, A.G.J., t.a.p., p. 59.

¹⁷⁵ Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (BIBOB), Kamerstukken I, 2001–2002, 26 883, nr. 73. Het wetsvoorstel is op 18 juni 2002 zonder stemming aangenomen (Handelingen I, 2001–2002, p. 32–1576/1587).

¹⁷⁶ Kamerstukken II, 1999–2000, 26 883, nr. 3, p. 2. (MvT BIBOB).

voorkomen, dat zij onbedoeld door vergunningverlening en aanbesteding strafbare feiten faciliteert. De Wet BIBOB lijkt zich primair te richten op het weren van criminele organisaties en dekmantelbedrijven. Door criminelen wordt deelgenomen aan aanbestedingen «met het oog op het witwassen van illegale vermogens. Dit leidt tot oneerlijke concurrentie en het opbouwen van machtsposities met witgewassen geld. De onder- en bovenwereld raken verweven.»¹⁷⁷ Dit moet worden vermeden. De wet heeft als primair doel het ontwikkelen van een instrumentarium ter bevordering van integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur, onder meer bij het gunnen van overheidsopdrachten. Beoogd wordt een eventuele facilitering van criminele activiteiten in bepaalde marktsegmenten te voorkomen.¹⁷⁸ Aanbestedende diensten kunnen gebruik maken van het aangeboden instrumentarium om ook uitsluiting op grond van de in de Europese aanbestedingsrichtlijnen neergelegde uitsluitingscriteria te onderbouwen. Overigens richt het voorstel zich niet alleen op opdrachten boven de Europese aanbestedingsdrempel, maar met nadruk ook daaronder (op basis van het UAR 2001).

De overheid krijgt met het BIBOB-instrumentarium de beschikking over een van de zwaarste vormen van screening.¹⁷⁹ Dit ligt geheel in lijn met het door de Europese Commissie ingezette beleid ten aanzien van corruptiebestrijding binnen de Gemeenschap.¹⁸⁰

De crux van de wet ligt in het voorkomen dat een ondernemer door middel van een overheidsopdracht financieel voordeel behaalt met geld, dat afkomstig is van criminele activiteiten, dan wel voornemens is een overheidsopdracht uit te voeren ten behoeve van het plegen van strafbare feiten. Omdat het veelal moeilijk te bewijzen zal zijn dat een ondernemer dergelijke plannen heeft, is in de wet bepaald dat het gaat om de mate van risico dat de betrokkene dergelijke plannen heeft.

3.6.2 Het begrippenkader

Met betrekking tot de Wet BIBOB zijn echter nog wel enkele kritische kanttekeningen te plaatsen, met name wat de Europeesrechtelijke implicaties betreft.

Allereerst hanteert de wet het begrip «aanbestedende dienst». De wetgever lijkt hierbij aan te sluiten bij het begrip aanbestedende dienst van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, maar gebruikt daarvoor een andere definitie dan de richtlijnen. In de wet worden naast de gebruikelijke aanbestedende diensten, zoals de Staat, de provincies, de waterschappen en de gemeentelijke overheden, mede op advies van de Raad van State, ook de lichamen uit artikel 134 van de Grondwet genoemd. Dit zijn de andere openbare lichamen, zoals de Orde van Advocaten, de Orde van Registeraccountants, de producten bedrijfschappen en andere organisaties met eigen tuchtrechtspraak en de bevoegdheid eigen verordeningen te maken. Door een Nederlandse bril bezien is dit een logische uitbreiding. Maar zijn deze organisaties ook *aanbestedende diensten* in de zin van de Europese aanbestedingsrichtlijnen? Gegeven de definitie van de richtlijnen moet dit voor een aantal organisaties sterk worden betwijfeld en zijn deze derhalve niet aanbestedingsplichtig. De President van de Haagse rechtbank heeft in ieder geval ten aanzien van de Orde van Advocaten geoordeeld dat de orde geen aanbestedende dienst is.¹⁸¹ Dit verschil in definiëring van dit begrip kan in de toekomst aanleiding voor verwarring zijn. Anderzijds zal een aantal aanbestedende diensten, die wél vallen onder de werking van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (en veelal erg dicht tegen de overheid aanleunen, dan wel financieel zwaar

¹⁷⁷ Kamerstukken II, 1999–2000, 26 883, nr. 3, p. 2. (MvT BIBOB).

¹⁷⁸ De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft in het kader van de voorhangprocedure, mede namens zijn ambtgenoot van Justitie, het ontwerp-besluit BIBOB aan de Tweede Kamer aangeboden. In het ontwerp-besluit zijn de volgende branches aangewezen als sectoren als bedoeld in artikel 5, tweede lid van de wet BIBOB: de bouwrijverheid, de informatie- en communicatietechnologie en het milieu (brief van 20 juni 2002, kenmerk: EA2002/75 285).

¹⁷⁹ Kamerstukken II, 2001–2002, 17 050, nr. 234, p. 47.

¹⁸⁰ Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over het beleid van de Unie ter bestrijding van corruptie van 21 mei 1997, COM (97) 192 def.

¹⁸¹ Pres. Rechtbank 's-Gravenhage, 2 maart 2000 (rolnummer KG 00/145) (Sdu N.V./Nederlandse Orde van Advocaten).

afhankelijk van de overheid zijn), zijn uitgesloten van de mogelijkheid om van het BIBOB-instrumentarium gebruik te maken. Men denke hier in het bijzonder aan de «publiekrechtelijke instellingen»¹⁸² in de zin van de richtlijnen, die veelal een privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid hebben, en de aanbestedende diensten uit de nutssector.¹⁸³ Deze categorieën – waar zeer grote bedragen om kunnen gaan – zijn daarmee buiten het bereik van de Wet BIBOB komen te vallen. Deze uitsluiting van bepaalde groepen aanbestedende diensten is niet alleen een gemiste kans in het bestrijden van corruptie met (publieke) gelden, maar kan ook verwarring in de hand werken. Overigens is de uitsluiting van deze grote groep opdrachtgevers vanuit ander oogpunt, gegeven de zeer gevoelige informatie die het Bureau BIBOB over potentiële opdrachtnemers kan vergaren, ook – onder meer bezien vanuit de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (mede gelet op artikel 8 EVRM) – wel begrijpelijk en terecht. De wetgever zou dit hebben kunnen voorkomen door een andere opzet van de wet.

Soortgelijke kritiek kan worden geleverd bij het gehanteerde begrip «gegadigde». In de Wet BIBOB vallen hieronder zowel het begrip «gegadigde», als het begrip «inschrijver» uit de aanbestedingsrichtlijnen.

3.6.3 Beslissingsvrijheid

Nadat het kabinet besloten heeft over een definitieve aanpak voor de invoering van het BIBOB-instrumentarium, zal het eerst in beleidsregels voor de rijksoverheid worden vastgelegd en later in het Besluit overheidsopdrachten.¹⁸⁴

Aanbestedende diensten krijgen in de wet de ruimte om zelf te beslissen onder welke omstandigheden het wenselijk is een aannemer aan een onderzoek te onderwerpen. Voorts berust bij hen ook de beslissing welke bedrijven aan screening dienen te worden onderworpen. Dit kan aanleiding geven tot schending van het gelijkheidsbeginsel en tot willekeur bij aanbestedende diensten.

Ook het feit dat minder informatie over in het buitenland gevestigde aannemers kan worden verkregen dan over de Nederlandse gegadigden en inschrijvers, kan een zekere mate van rechtsongelijkheid niet worden ontzegd.

Een ander belangrijk punt is het feit dat het resultaat van het door het Bureau BIBOB – als «onafhankelijk» orgaan – verrichte antecedentenonderzoek alleen de status van advies aan de aanbestedende dienst heeft. In de Italiaanse antimafia-regelgeving bijvoorbeeld is het resultaat van een antecedentenonderzoek bindend voor aanbestedende diensten.¹⁸⁵

3.6.4 Raakpunten met het Gemeenschapsrecht

In de Wet BIBOB is met betrekking tot overheidsopdrachten aangesloten op de uitsluitingsgronden in de Europese aanbestedingsrichtlijnen, in casu de uitsluitingsgronden als genoemd in artikel 24 van Richtlijn 93/37/EEG.

In geval van een door het Bureau BIBOB negatief afgegeven advies, zal de aanbestedende dienst zelf moeten besluiten over het uitsluiten van de aannemer op basis van de in de richtlijnen genoemde uitsluitings- of geschiktheidscriteria. Met name voor de uitsluitingsgronden genoemd onder c. en d. van artikel 24 van Richtlijn 93/37/EEG lijkt dit niet eenvoudig. Bij een bestaand onherroepelijk rechterlijk vonnis zal deze beslissing afhankelijk zijn van het oordeel in hoeverre de professionele integriteit in het gedrang is.

Bij de d-grond («ernstige beroepsfout») wordt het nog veel lastiger. Daar

¹⁸² Zie onder meer artikel 1, onder b., van richtlijn 93/37/EEG.

¹⁸³ Kamerstukken II, 1999–2000, 26 883, nr. 3, p. 59 (MvT BIBOB).

¹⁸⁴ Kamerstukken II, 2001–2002, 28 093, p. 3 (derde voortgangsrapportage kabinetsacties).

¹⁸⁵ Manunza, E., EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit, t.a.p., p. 324.

mag men niet te lichtvaardig op boterzachte gronden, vermoedens of aannames iemand uitsluiten. Ook het feit bijvoorbeeld dat tegen iemand meermaals een gerechtelijk vooronderzoek is geopend zonder dat het met een veroordelend vonnis is geëindigd kan niet zonder meer als een risicofactor worden aangemerkt die tot uitsluiting moet leiden. Toepassing van de criteria moet overigens zodanig geschieden dat stigmatiserende effecten worden vermeden.¹⁸⁶ Voorts moet worden voorkomen dat besluitvorming op grond van BIBOB-adviezen in strijd komt met het non-discriminatiebeginsel of overige daaruit afgeleide beginselen uit het EG-Verdrag.

De aanname, dat er ernstige risico's aanwezig zijn dat iemand in de toekomst strafbare feiten zal kunnen gaan plegen – of later zal blijken dat deze zijn gepleegd – kan op zich niet leiden tot uitsluiting. Een dergelijke constatering kan aanleiding zijn voor een verscherpte controle op de naleving, maar kan nooit aanleiding zijn tot uitsluiting. Zo'n stap past niet binnen het gesloten stelsel van de uitsluitingsgronden en zou daarmee in strijd komen met de Europese regelgeving op dit punt.

Het bovenstaande ontnemt het instrumentarium – in ieder geval voor wat overheidsopdrachten betreft – aanmerkelijk zijn kracht. In zijn reactie op de brief van de Nederlandse regering van 23 februari 1998, merkt de directeur-generaal van het toenmalige DG XV (Interne markt en financiële diensten) op dat de uitsluitingsgronden *restrictief* dienen te worden uitgelegd en dat het *natuurlijk* niet zo kan zijn dat elk delict dat een ondernemer heeft gepleegd, gekwalificeerd kan worden als een «ernstige fout, gemaakt in de uitoefening van zijn beroep.»¹⁸⁷

Naast toepasselijkheid van de uitsluitingsgronden denkt het kabinet ook aan toepassing van de geschiktheidseisen; met name de financiële en economische draagkracht. Indien uit de gegevens van het Bureau BIBOB zou blijken dat een betrokken aannemer wordt gefinancierd door, onderscheidenlijk afhankelijk is van de georganiseerde misdaad, zou een dergelijk wijze van financiering of afhankelijkheid – naar de mening van het kabinet – kunnen worden aangemerkt als vorm van financiële instabiliteit. Hiervoor dient dan wel voldoende *bewijs* te zijn.

Wanneer is vastgesteld dat een ondernemer via criminele activiteiten gelden verdient, kan het gebrek aan financiële draagkracht onder andere worden gebaseerd op het feit, dat op basis van de Nederlandse wetgeving (de zogenaamde «Pluk ze»-wet) de mogelijkheid bestaat, dat dit financiële voordeel (op basis van een rechterlijke uitspraak) ontnomen kan worden. In zijn voornoemde brief reageert de Commissie terughoudend op deze oplossing. De Europese Commissie stelt echter vast dat niet zonder meer kan worden gesteld, dat het feit dat een ondernemer gedeeltelijk wordt gefinancierd door of ten dele afhankelijk is van georganiseerde misdaad, met zich brengt dat de financiële capaciteit van deze ondernemer zodanig instabiel is, dat deze niet de garanties kan bieden dat er zich bij de uitvoering van een opdracht geen problemen voor zullen doen die te maken hebben met de financiële draagkracht van de onderneming. Met name de relatie tussen de duur van de opdracht en de verwachte duur van een ontnemend vonnis is volgens directeur-generaal Mogg bij de beoordeling van de mogelijkheid tot aanwenden van deze geschiktheidsgrond van belang. In veel gevallen zal gegeven de korte duur van overeenkomsten de werking van dit instrument beperkt zijn.

¹⁸⁶ Kamerstukken II, 1999–2000, 26 883 B, p. 3 (Advies van de Raad van State inzake het Wetsvoorstel BIBOB).

¹⁸⁷ Brief van 15 mei 1998 (ref. 003 167) van directeur-generaal J. F. Mogg aan de Nederlandse regering.

Voor het overige concludeert de Commissie geclausuleerd instemmend op het door de Nederlandse regering voorgestane BIBOB-instrumentarium. «Wanneer nu met bovenstaande opmerkingen rekening wordt gehouden en voorzover de BIBOB inderdaad geen nieuwe uitsluitings- en

geschiktheidsgronden schept die niet passen binnen het bestaande systeem van de richtlijnen overheidsopdrachten en indien alle beginselen die ten grondslag liggen aan het gemeenschapsrecht (zoals de gelijke behandeling en de proportionaliteit) worden gerespecteerd», ziet de Commissie geen strijd met de Gemeenschapsregelgeving.¹⁸⁸ Van een volledige instemming met het toen voorliggende wetsvoorstel kan met een dergelijke formulering echter niet worden gesproken.¹⁸⁹

3.6.5 Haken en ogen

Een uitsluitingsbeslissing zal aan de materiële bestuursrechtelijke normen van rechtszekerheid, zorgvuldigheid en gelijke behandeling moeten voldoen. Dit maakt een juiste afweging van alle relevante belangen, zowel de belangen van de betrokken ondernemer als die van de aanbestedende dienst zo belangrijk. In de brief van de Nederlandse regering aan de Europese Commissie van 23 februari 1998 inzake BIBOB en richtlijnen overheidsopdrachten wordt weliswaar gesteld dat «het goed is te benadrukken, dat er door de betrokken ondernemer steeds een beroep op de rechter mogelijk is, indien hij meent dat de aanbestedende dienst de uitsluitings- of geschiktheidscriteria toepast op een wijze die juridisch niet aanvaardbaar is». In dat geval is er al veel onheil geschied.

Een uitgesloten aannemer kan volgens de memorie van toelichting in beroep gaan bij de civiele rechter. Het geschil betreft immers een geschil ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling.¹⁹⁰ Bij aanbestedingen voor werken zal dit evenwel in de meeste gevallen bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw zijn, omdat het een aanbestedingsgeschil betreft en in dergelijke gevallen de Raad van Arbitrage op grond van het veelal door de aanbestedende dienst toepasselijk verklaarde UAR-EG 1992 of UAR 2001 al bevoegd is. Deze rechtsprekende organen zullen derhalve tevens bevoegd moeten zijn zich uit te spreken over de rechtmatigheid van de uitsluitingsbeslissing en over de correcte toepassing van de daaraan ten grondslagliggende informatie en wellicht ook over de juistheid van die informatie.

Het op 18 juni 2002 door de Eerste Kamer – zonder stemming aangenomen wetsvoorstel bevat een nieuw artikel 33.¹⁹¹ In het derde lid daarvan is bepaald dat een aanbestedende dienst, alvorens zij een partij uitsluit, deze partij de gelegenheid biedt om, op basis van de door de aanbestedende dienst gegeven motivering, haar zienswijze op de uitsluiting te geven. Aan de hand van deze zienswijze kan de aanbestedende dienst beoordelen of hij zijn besluit tot uitsluiting al dan niet moet herzien. Dit is een forse verbetering ten opzichte van het oorspronkelijke voorstel. Het vergroot de transparantie; in ieder geval naar betrokkene.

3.6.6 Dilemma's voor aanbestedende diensten

Wordt een aangelegenheid uiteindelijk toch aan de rechter voorgelegd, dan ontstaat een volgend dilemma. De civiele rechter is – anders dan in het administratieve recht – niet bevoegd van vertrouwelijke informatie kennis te nemen zonder dat de andere partij deze ook mag inzien. De aanbestedende dienst komt dan voor de keus te staan óf de informatie te verschaffen – en daarmee mogelijk te handelen in strijd met de Wet bescherming persoonsgegevens (en wellicht ook met artikel 8 EVRM)¹⁹² – óf de informatie niet te verstrekken. Kiest zij voor het laatste, dan loopt zij het risico dat de rechter de uitsluiting niet genoegzaam onderbouwd acht

¹⁸⁸ Slot van de brief van 15 mei 1998 van de Commissie aan de Nederlandse regering.

¹⁸⁹ In de MvT interpreteert het kabinet deze afsluitende opmerking in de brief van 15 mei 1998 van de Commissie veel positiever (Kamerstukken II, 1999–2000, 26 883, nr. 3 (MvT), p. 33).

¹⁹⁰ Artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht.

¹⁹¹ Kamerstukken I, 2001–2002, 26 883, nr. 73, p. 12.

¹⁹² Artikel 8 EVRM handelt over het recht op eerbiediging van privacy, familie- en gezinsleven.

en ongegrond verklaart. Een zodanige uitsluiting is naar die partij onrechtmatig en kan derhalve leiden tot een opnieuw moeten starten van de aanbesteding of tot schadeplichtigheid.

Bestuurlijke spagaat

De Wet BIBOB dreigt aanbestedende diensten in een bestuurlijke spagaat te brengen. Aanbestedende diensten zijn op grond van de wet niet verplicht een advies aan te vragen. In de praktijk zullen de accountants van de betrokken overheden hierop waarschijnlijk wel aandringen en dit mee te laten wegen in hun reguliere accountantscontrole. Overigens lijkt ook het kabinet op een verplichte advisering aan te sturen. «In ieder geval zullen aanbestedende diensten worden verplicht na te gaan of bedrijven fraude hebben gepleegd. Dit doen zij door het opvragen van informatie bij bedrijven en – bij voldoende aanleiding – door het opvragen van informatie bij Bureau BIBOB.», aldus het kabinet.¹⁹³

Voorts zullen aanbestedende diensten worden geconfronteerd met negatieve adviezen van het Bureau BIBOB, die echter op bestuurlijke – onder andere de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – gronden (bijvoorbeeld vanwege te zachte informatie) niet tot uitsluiting zouden mogen leiden. Toch kunnen controlerende lichamen dan van mening zijn, dat niettemin het advies van het Bureau BIBOB gevolgd had moeten worden. Of en hoe dit in de praktijk zal gaan, moet nog blijken. Op grond van het voorgaande zijn echter verscheidene knelpunten te verwachten.

Het kan daarnaast ook zijn dat de aanbestedende dienst een negatief BIBOB-advies volgt en later blijkt dat de uitsluiting ten onrechte was. De aanbestedende dienst is dan civielrechtelijk aansprakelijk voor de door betrokkene daardoor geleden schade. «Het is hierbij niet van belang of de aansprakelijkheid voortvloeit uit een onjuiste afweging door het bestuursorgaan dan wel uit een verkeerd advies van het Bureau BIBOB».¹⁹⁴ In voorkomend geval kan het bestuursorgaan *mogelijkerwijs* regres uitoefenen op het Bureau BIBOB, aldus de regering. Terecht wordt in de memorie van toelichting opgemerkt, dat de aansprakelijkheid niet geldend zal kunnen worden gemaakt indien het bestuursorgaan dat het Bureau BIBOB aansprakelijk stelt, behoort tot de rechtspersoon Staat der Nederlanden.¹⁹⁵ Dit is een open deur, maar toch. De regering heeft er overigens veel energie in gestoken om eventuele aansprakelijkheid voor onjuiste adviezen bij het Bureau BIBOB in te perken en de verantwoordelijkheid daarvoor bij de aanbestedende diensten te leggen.

Punitieve elementen

Uitsluiting heeft ook elementen in zich van een punitieve sanctie. Hoewel de regering aangeeft louter een bestuursrechtelijk instrument – ter voorbereiding van een privaatrechtelijke verbintenis – voor het bestuur te willen creëren, valt niet te ontkennen dat in de praktische uitwerking van het voorstel van wet strafrechtelijke trekken aan te wijzen zijn. Hier kunnen de beginselen van artikel 6 EVRM relevant zijn. Sommige auteurs vragen zich af of het uitsluiten op basis van dit wetsvoorstel wel toelaatbaar is.¹⁹⁶ Iemand is onschuldig, totdat zijn schuld voor de rechter onherroepelijk is komen vast te staan. «Een BIBOB-advies kan gebaseerd worden op vermoedens, en zelfs op informatie die niet op rechtmatige wijze is verkregen», stelt Doggen. Of de opmerking ten aanzien van de onrechtmatig verkregen informatie een reëel en getrouw beeld schetst, is twijfelachtig, maar dat er frequent sprake zal zijn van een gebruik van niet-openbare informatie staat wel vast. Of dit altijd toelaatbaar is, blijft de vraag.

Minister De Vries bestreed bij de behandeling in de Eerste Kamer de

¹⁹³ Kamerstukken II, 2001–2002, 28 093, nr. 30, p. 2 (derde voortgangsbericht kabinetsacties).

¹⁹⁴ Kamerstukken II, 1999–2000, 26 883, nr. 3, p. 39.

¹⁹⁵ Kamerstukken II, 1999–2000, 26 883, nr. 3, p. 42.

¹⁹⁶ Zie onder meer A.P.C.F. Doggen, Wet BIBOB: grondrechten op de Schop?, Strt. 6 maart 2002, maar ook Wedekind en Manunza hebben bij diverse aangelegenheden hun ernstige twijfels hierover geuit.

zienswijze dat hier sprake was van punitieve elementen. Hij was van mening dat «een intrekking [van een vergunning of een subsidie] een *reparatoire* sanctie is en dan staat sanctie tussen aanhalingstekens. Het belang van dit punt is als volgt. Reparatoire sancties, ook wel herstel-sancties, zoals bestuursdwang, beogen geen leed toe te voegen en gelden niet als strafmaatregelen. Maatregelen die dit wel beogen zoals een bestuurlijke boete, worden aangemerkt als punitieve sancties». ¹⁹⁷ «Of de intrekking van een vergunning of subsidie inderdaad als een punitieve sanctie moet worden aangemerkt, staat niet vast. Uit de jurisprudentie blijkt dat dit van geval tot geval moet worden vastgesteld.», vervolgt de minister. Het door de minister gestelde is juist waar het intrekking van subsidies en vergunningen betreft, doch voor het uitsluiten van partijen van aanbestedingen kan dit niet zonder meer worden gesteld. Bij een uitsluiting voor aanbestedingen zijn er veel op straf gerichte trekken waar te nemen. In dit verband zij overigens opgemerkt dat bij de behandeling in de Eerste Kamer van dit wetsvoorstel slechts beperkt gesproken is over de aanbestedingsrechtelijke kanten van dit wetsvoorstel – en dan eigenlijk alleen nog maar over de beperking van de reikwijdte van de wet tot de sectoren ict (informatie- en communicatietechnologie), milieu en bouw. ¹⁹⁸ De bewindslieden en de Kamerleden spitsten zich bij de behandeling in de Eerste Kamer vrijwel alleen toe op die aspecten van de Wet BIBOB, die zich richten op een bestuurlijke preventie ten aanzien van verlening van vergunningen en het verstrekken van subsidies.

Het aanvragen van een BIBOB-advies zal in de praktijk voor aanbestedende diensten vertragend gaan werken. Het Bureau BIBOB dient het advies in een periode van vier weken af te geven (met een mogelijkheid van verlenging met nog eens een periode van vier weken). Bij een aanbesteding door middel van de niet-openbare procedure zal volstaan kunnen worden met alleen de uit te nodigen gegadigden aan een screening te onderwerpen. Bij de openbare procedure weet de aanbestedende dienst niet wie de inschrijvers zullen zijn. Pas na opening van de inschrijvingen kan de aanbestedende dienst – in voorkomend geval – een BIBOB-advies aanvragen. Dat betekent dat de aanbestedende dienst de gestanddoeningstermijnen met een periode van ten minste acht weken moet verlengen. Dit kan voor inschrijvers reden zijn vanuit de onzekerheid ten aanzien van marktontwikkelingen – hun inschrijvingen te verhogen.

Uit het voorgaande komt naar voren, dat het kabinet een serieus instrumentarium heeft willen ontwikkelen voor de aanpak van fraude in diverse marktsegmenten en een methode voor het terugdringen van een verwevenheid tussen onder- en bovenwereld. De uitvoering en de inbedding van dit instrumentarium geeft echter wat het verstrekken van overheidsopdrachten betreft de nodige – sommige met het Gemeenschapsrecht conflicterende knelpunten te zien. Met name waar het gebruik van de uitsluitingcriteria als genoemd in artikel 24, onder c. en d., van de Richtlijn Werken betreft, maar ook het uitsluiten op grond van de geschiktheidsgrond «financiële en economische draagkracht», kan niet anders dan met de nodige terughoudendheid worden omgegaan. Of de Wet BIBOB voldoende doelmatig en effectief is om fraude te bestrijden, zal de toekomst moeten uitwijzen. Duidelijk is dat het instrumentarium van de Wet BIBOB in de praktijk een belasting voor aanbestedende diensten zal zijn; althans voor hen die er gebruik van mogen maken en dat zijn in ieder geval niet de publiekrechtelijke instellingen en de nutssector. ¹⁹⁹ Het bruikbare rendement van de Wet BIBOB voor andere onderwerpen dan vergunningen en subsidies, daarbij uitgaande van de beperkingen opgelegd door het gesloten systeem van de Europese

¹⁹⁷ Handelingen I, 2001–2002, p. 32–1578.

¹⁹⁸ Handelingen I, 2001–2002, p. 32–1585–1586.

¹⁹⁹ Men denke hierbij aan toch wel grote aanbestedende diensten, die ook (bouw)opdrachten vergeven als onder meer RaailnfraBeheer, woningbouwcoöperaties, Schiphol, de zeehavens, Staatsbosbeheer, Stichting DLO en de Rijksmuseum. Allemaal instellingen, die baat zouden kunnen hebben bij een screening van potentiële opdrachtnemers.

regelgeving en de toepassing van het gelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel, zal naar verwachting beperkt zijn.²⁰⁰

3.6.7 Ervaringen in Amsterdam

Dat de Wet BIBOB niet de panacee zal zijn voor een effectieve wapening tegen malafide gegadigden en inschrijvers, kan worden opgemaakt uit de opgedane ervaringen in Amsterdam. Bij besluit van 26 april 2000 heeft de Gemeenteraad van Amsterdam het Bureau Screening- en Bewakingsaanpak (SBA) opgericht.²⁰¹ Dit bureau is ingesteld vanuit de gedachte dat de gemeente alleen zaken wil doen met integere ondernemers. Samenwerken met een louche partner is maatschappelijk gezien niet aanvaardbaar. De gemeente was van mening dat zij zich in het verleden onvoldoende had gerealiseerd dat zij te weinig zicht had op haar partners. Op die wijze bleef de integriteit van de partner waarmee de gemeente zaken deed onderbelicht. Het doel van het Bureau SBA is ertoe bij te dragen dat organisaties of personen die criminele activiteiten verrichten worden uitgesloten van door de gemeente te verstrekken opdrachten.

Het Bureau SBA heeft drie kerntaken:

- het adviseren van de Burgemeester na screening van ondernemingen met daaraan verbonden directieleden, commissarissen, sleutelfunctionarissen en groepsondernemingen, die voor een opdracht van de gemeente²⁰² in aanmerking willen komen of indien daartoe aanleiding is ontstaan tijdens de uitvoering van die opdracht;
- initiëring, coördinatie van en de participatie in de integrale bewaking gedurende de uitvoering van een aanbesteding;
- coördineren, uitvoeren en participeren in onderzoeken met betrekking tot projecten waarbij zich onregelmatigheden hebben voorgedaan of worden verwacht.

Het Bureau SBA is volledig onafhankelijk van andere gemeentelijke instanties en rapporteert rechtstreeks aan de burgemeester. Aan de hand van uitgebreide vragenlijsten, het raadplegen van justitiële bronnen en andere tot de beschikking van het bureau staande middelen licht zij potentiële dienstverleners, aannemers en leveranciers door. Het vragenformulier maakt een onlosmakelijk onderdeel uit van de aanbestedingsprocedure. Het vragen van advies is bij aanbestedingen boven de Europese drempel verplicht. Maar ook andere opdrachten met een mogelijk hoog afbreukrisico zijn onderwerp van onderzoek.

De screeningstermijn bedraagt maximaal zes weken. Dat lijkt langer dan de termijn onder de Wet BIBOB, maar de gemiddelde duur bedraagt tien dagen.²⁰³ In deze periode stelt het bureau aan de hand van de door de potentiële opdrachtnemer verstrekte en vanuit andere bronnen verkregen (en actief gezochte) informatie een conceptadvies op. Dit advies heeft anders dan bij de Wet BIBOB niet het doel een onderbouwing voor een mogelijke uitsluiting te leveren, maar gaat verder. Het bureau maakt ook een afweging met betrekking tot proportionaliteit en subsidiariteit. Is afwijzen te zwaar, dan doet het Bureau SBA voorstellen voor bewakingsclausules en eventuele bewakingsmaatregelen. Deze voorstellen moeten door het opdrachtgevende onderdeel van de gemeente in de te sluiten overeenkomst worden opgenomen. Het Bureau SBA heeft daarmee een veel sterker middel in handen dan het Bureau BIBOB.

Een ander dan een positief conceptadvies van het bureau SBA mag door de betrokkene worden ingezien en waar nodig worden gerectificeerd. Daarna volgt het definitieve advies. Dit advies wordt rechtstreeks aan de burgemeester uitgebracht.²⁰⁴ Het College van Burgemeester en

²⁰⁰ Zie ook advies van de Raad van State inzake het wetsvoorstel BIBOB, Kamerstukken II, 1999–2000, 26 883 B, p. 3, eerste alinea.

²⁰¹ Instellingsbesluit gewijzigd bij besluit van 26 februari 2001 (Gemeentebld Amsterdam, afdeling 3B, nr. 27, verschenen op 5 april 2002).

²⁰² De gemeente Amsterdam noemt in haar eigen documenten overigens het verstrekken van een opdracht «het verlenen van een gunst».

²⁰³ Naar verluid zou uit een klantenevaluatie zijn gebleken, dat de doorlooptijd voor veel ondernemers als te lang en bezwarend voor de planning van projecten werd beschouwd.

²⁰⁴ Artikel 1, onderdeel a., van het instellingsbesluit.

Wethouders blijft de eindverantwoordelijkheid over de beslissing tot het wel of niet gunnen behouden.

De taken van het Bureau SBA gaan ook verder dan het Bureau BIBOB; het bureau heeft ook een bewakende rol bij de uitvoering van projecten door onder meer een integrale controle op locatie en op financiële en project-administraties te houden.

De adviezen van het Bureau SBA lijken een steviger statuut te hebben dan de BIBOB-adviezen; deze laatste zullen immers veelal alleen maar een advies geven ter onderbouwing van een selectie of gunningsbeslissing en leggen de volledige verantwoordelijkheid daarvoor neer bij de aanbestedende dienst. Het Bureau SBA levert een degelijke basis voor een dergelijk gunningsbesluit, maar het bureau geeft ook nuttige en – weliswaar aanbestedingsrechtelijk niet direct – relevante ondersteuning bij de uitvoering van opdrachten. Overigens zal ook het Bureau SBA rekening moeten houden met de beperkingen die de richtlijnen opleggen ten aanzien van het uitsluiten van potentiële contractpartijen. Hier gelden dezelfde beperkingen als bij het Bureau BIBOB.

De invloed van het Bureau SBA is op grond van het bovenstaande veel steviger van aard dan de invloed die dit bureau op grond van de wet BIBOB op enig aanbestedingstraject kan uitoefenen. In de evaluatieperiode heeft het Bureau SBA 150 screenings uitgevoerd. Met twintig procent van de betrokken bedrijven wilde de gemeente na screening geen zaken meer doen.²⁰⁵ Het Bureau SBA heeft overigens geconstateerd dat bouwbedrijven niet vaker in de fout lijken te gaan dan automatiseringsbedrijven en adviesbureaus.

Op grond van het bovenstaande mag worden geconcludeerd dat de wijze van screening en het tot het Bureau SBA ter beschikking staande instrumentarium veel zwaarder zijn dan de door de Wet BIBOB aangeboden instrumenten. Met name de ondersteuning bij de uitvoering lijkt toegevoegde waarde te hebben. Echter, de wijze van aanpak door Bureau SBA leidt tot een sterke toename in de lastendruk voor het bedrijfsleven en een toenemende bureaucrativering van aanbestedingen. Dit is niet in lijn met het algemene overheidsbeleid. Een oplossing gelegen tussen de mogelijkheden van SBA en BIBOB, waarbij de verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst over het wel of niet toepassen van dat instrumentarium onverkort blijft gehandhaafd, lijkt in dit kader meer aangewezen.

3.7 Toezicht en handhaving aanbestedingsregelgeving

3.7.1 Coördinatie en toezicht

Het beginpunt van de naleving van de Europese aanbestedingsrichtlijnen ligt in de praktijk bij het daadwerkelijk Europees aanbesteden van overheidsopdrachten door aanbestedende diensten. In zijn algemeenheid worden tekortkomingen geconstateerd, als hierboven aangegeven in paragraaf 2.4.2. Daarbij wordt nogmaals opgemerkt dat Nederland, althans wat de aanbesteding van werken betreft, niet ongunstig afwijkt van andere lidstaten. Hierna wordt nader ingegaan op de juridische vormgeving van het toezicht op de naleving van de aanbestedingsregels door aanbestedende diensten. Daarbij speelt in het bijzonder ook de verhouding met de niet tot de rijksoverheid behorende aanbestedende diensten (veelal decentrale en semi-overheden) een rol. Het gaat in deze paragraaf in het bijzonder om de vraag hoe kan worden verzekerd, dat het

²⁰⁵ Bij 80% van de bedrijven worden overigens discrepanties ontdekt variërend van lichte (gedateerde of verouderde verklaringen) tot zware (valse of tegenstrijdige bewijsstukken) tekortkomingen.

aanbestedingsbeleid wordt gecoördineerd en dat aanbestedende diensten, ook de niet tot de rijksoverheid behorende, de regels naleven.

In de beleidsfeer zijn er verschillende initiatieven. Het ministerie van Economische Zaken voert het voorzitterschap en het secretariaat van het Overlegorgaan Europese Aanbestedingsvoorschriften (IOEA). Dit is een platform voor discussie tussen ministeries waarin ook het Interprovinciaal Overleg (IPO) en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) zijn vertegenwoordigd. Het IOEA bereidt de Nederlandse inbreng bij prejudiciële vragen voor, bespreekt aanbestedingsrechtelijke interpretatiekwesties en verschaft voorlichting teneinde een afstemming binnen de rijksoverheid te bewerkstelligen. Voorts wordt het gebruik van het aanbestedingsinstrument in Nederland – en met de nadruk op de rijksoverheid – bevorderd door de projectdirectie Professioneel Inkopen en Aanbesteden (PIA). Deze projectdirectie, die door het Ministerie van Economische Zaken samen met de andere ministeries is opgericht, heeft als taak voor de periode 2001–2004 stappen te zetten ter bevordering van een professioneler inkopende overheid.²⁰⁶ Deze maatregelen zijn juridisch niet dwingend.

Wordt gekeken naar het stelsel van regelgeving, dan valt op dat met het juridisch kader enerzijds een correcte implementatie van de richtlijn is bewerkstelligd, maar dat anderzijds de uitvoeringspraktijk, al dan niet aan de hand van uniforme aanbestedingsreglementen, verbrokken is (wat werken betreft worden in de praktijk eigenlijk altijd de uniforme aanbestedingsreglementen toegepast). In de praktijk zouden bij overheidsinstaties, gelet op het juridische kader, dan ook geen misverstanden mogen bestaan over de vraag wanneer sprake is van opdrachten die Europees moeten worden aanbesteed. Het is daardoor niet zeker dat met versterking van de regelgevingsstructuur alleen in de praktijk daadwerkelijk verbetering in de uitvoeringspraktijk zal kunnen worden bereikt. Daar zal meer voor nodig zijn, namelijk dat in de praktijk ook daadwerkelijk Europese aanbestedingen worden gehouden in die gevallen dat dit verplicht is. Daartoe zal nader worden ingegaan op de coördinatie van het aanbestedingsbeleid en op het toezicht op de naleving van aanbestedingsregelgeving door niet tot de rijksoverheid behorende aanbestedende diensten. Vervolgens zal ter vergelijking kort aandacht worden besteed aan mechanismen op andere beleidsterreinen waar het Europese recht een rol speelt.

Coördinatie aanbestedingsbeleid

Het formele wetgevingskader waarmee de aanbestedingsrichtlijnen in de Nederlandse rechtsorde zijn geïmplementeerd, valt onder de verantwoordelijkheid van de minister van Economische Zaken. De uniforme aanbestedingsreglementen, die de aanbestedingspraktijk handen en voeten geven, zijn door de ministeries van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, van Defensie en van Verkeer en Waterstaat vastgesteld. Ten aanzien van provincies en gemeenten fungeert het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties als informatiepunt.²⁰⁷ Het beleid wordt wisselend door het ministerie van Economische Zaken (via IOEA en PIA) en door drie genoemde bouwministeries gevoerd. De gedeelde verantwoordelijkheid voor het aanbestedingsbeleid komt de coördinatie daarvan niet ten goede. Dit wordt nog versterkt doordat (dwingende) coördinatie ten aanzien van het aanbestedingsbeleid voor aanbestedende diensten die niet tot de rijksoverheid behoren, ontbreekt. Het aanwijzen van één minister als verantwoordelijke voor het aanbestedingsbeleid zal in ieder geval tot gevolg hebben, dat die minister daarop

²⁰⁶ Zie de begroting 2002 van het Ministerie van Economische Zaken (Kamerstukken II, 2001–2002, 28 000 hoofdstuk VIII, nr. 2, p. 82.

²⁰⁷ Brief van 8 november 1999 van de Staatssecretarissen van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Buitenlandse Zaken aan de Tweede Kamer, Kamerstukken II, 1999–2000, 21 109, nr. 101, p. 8.

kan worden aangesproken (er is één aanspreekpunt), zodat de coördinatie zowel binnen de rijksoverheid, als in relatie tot niet tot de rijksoverheid behorende aanbestedende diensten, wordt versterkt.

*Toezicht op de naleving door niet tot de rijksoverheid behorende aanbestedende diensten*²⁰⁸

Vele overheden die niet tot de centrale overheid behoren, bezitten in de Nederlandse constitutionele verhoudingen autonomie. Daarbij past het beginsel, dat decentrale overheden in beginsel zelf verantwoordelijk zijn voor de nakoming van uit het Gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen. Tegelijkertijd is, zoals hiervoor aan de orde is geweest, de centrale overheid aanspreekpunt voor de Europese instellingen. De Nederlandse overheid kan zich in dat verband niet beroepen op de autonomie van niet tot de centrale overheid behorende instanties.

Indien een minister – bijvoorbeeld naar aanleiding van vragen van de Europese Commissie – verzoekt om informatie van een niet tot de rijksoverheid behorende overheidsinstantie, zal deze veelal zonder problemen worden verkregen. Een en ander biedt echter geen mogelijkheid tot het systematisch monitoren van de naleving door deze overheidsinstanties. Bovendien biedt dit geen (formele) mogelijkheid om onregelmatigheden tegen te gaan. Een concreet voorbeeld hiervan is de in het kader van de globale richtsnoeren voor het economische beleid tot Nederland gerichte aanbeveling om prioriteit te geven aan het intensiveren van de concurrentie door de markt voor overheidsaanbestedingen verder open te stellen.²⁰⁹ Nederland heeft geen dwingende mechanismen om aan deze aanbeveling uitvoering te geven.

Het creëren van een toezichtsverhouding van de rijksoverheid ten opzichte van niet tot de rijksoverheid behorende overheidsinstanties is niet nieuw. Een precedent kan worden gevonden in de hierna te bespreken Wet toezicht Europese subsidies. Op andere terreinen, bijvoorbeeld de ruimtelijke ordening of de uitvoering van de algemene bijstandswet, is al langer sprake van een toezichtsverhouding. Ook in de Gemeentewet zijn bepalingen van preventief en repressief toezicht opgenomen, die van toepassing zijn op die terreinen die binnen de gemeentelijke autonomie vallen. De autonomie van niet tot de rijksoverheid behorende overheidsinstanties is al met al relatief.

Tot slot wordt gewezen op de situatie van particuliere ondernemingen die onder omstandigheden – ondanks het feit dat zij niet als aanbestedende dienst moeten worden aangemerkt – toch aanbestedingsplichtig zullen zijn, in het bijzonder bij bepaalde subsidierelaties. Een specifieke toezichtstructuur ten aanzien van deze aanbestedende diensten ontbreekt. Dat neemt niet weg dat in de onderscheidenlijke gevallen in een en ander zal worden voorzien, bijvoorbeeld via de voorwaarden voor subsidieverlening. De verplichtingen die uit de richtlijnen voortvloeien en zijn geïmplementeerd door middel van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen, gelden bovendien ook voor deze aanbestedende diensten. Zij zijn daar dan ook ingevolge de wet toe verplicht. Wat de coördinatie van beleid en toezicht op de naleving betreft doen zich evenwel ook op dit punt de besproken lacunes voor.

3.7.2 Toezicht op andere beleidsterreinen

De rijksoverheid beschikt reeds over verschillende instrumenten, die mede kunnen worden ingezet om de naleving van Europese regelgeving door niet tot de rijksoverheid behorende overheden te verzekeren.

²⁰⁸ Zie hierover ook: Gerards, J. ; Naleving van het Europese recht door de decentrale overheden: naar een herzien stelsel van toezicht, SEW 2000, p. 208.

²⁰⁹ Aanbeveling nr. 2001/483/EG van de Raad van de Europese Unie van 15 juli 2001 betreffende de globale richtsnoeren voor het economische beleid van de lidstaten en de Gemeenschap (PbEG L 179).

In een aantal gevallen is er sprake van preventief toezicht, bijvoorbeeld in de vorm van een goedkeuringsrecht. Het desbetreffende besluit mag pas in werking treden, indien het door een hogere instantie is goedgekeurd. Deze vorm van toezicht is echter zeer ingrijpend en bovendien niet in alle gevallen beschikbaar. Bij aanbestedingen speelt het in de praktijk nauwelijks een rol.

In sommige gevallen is sprake van een vorm van repressief toezicht, vaak in de vorm van een vernietigingsrecht. In hoofdstuk 2 is reeds gewezen op verschillende niet specifiek op aanbestedingen gerichte stelsels van repressief toezicht.

Specifieke regelgeving met betrekking tot het toezicht op de nakoming van Europeesrechtelijke verplichtingen door niet tot de rijksoverheid behorende overheden ontbreekt in het algemeen. Op een enkel terrein is evenwel een andere benaderingswijze gekozen. Gewezen kan worden op de Wet toezicht Europese subsidies. Die wet geeft de minister van Financiën instrumenten van preventief en repressief toezicht ten aanzien van niet tot de Staat behorende bestuursorganen. Specifiek met betrekking tot de uitvoering van Europese subsidieprogramma's beschikt de minister van Financiën daarbij ook over de bevoegdheid om aanwijzingen te geven. Hiermee wordt weliswaar ingegrepen in de autonomie van decentrale overheden, maar zulks werd gerechtvaardigd geacht uit oogpunt van de noodzaak om adequaat aan de Europese verplichtingen te kunnen voldoen en om door middel van een stelsel van preventief toezicht onregelmatigheden te voorkomen. Een ander element is dat met de invoering van dat stelsel één minister is aangewezen die ter zake de regie voert en ook verantwoordelijk is voor een goede uitvoering. Bij de behandeling van het wetsvoorstel Toezicht Europese subsidies in de Eerste Kamer is door de minister van Financiën opgemerkt, dat naar zijn mening ook op andere terreinen waarop de Staat de naleving van communautaire voorschriften door decentrale overheden wenst te kunnen afdwingen, nadere ministeriële bevoegdheden wenselijk zijn (onder meer op het terrein van aanbestedingsvoorschriften, de voorschriften voor de verlening van staatssteun en de Europese milieuregels).²¹⁰ Hij kondigde daarbij aan dat de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een kabinetsstandpunt voorbereidt met een integrale visie op de implicaties van communautaire regelgeving voor de bestuurlijke verhoudingen in ons land en de daarbij passende ministeriële bevoegdheden.

Voorts kan worden gewezen op de bevoegdheden van de Algemene Rekenkamer bij bedrijven en instanties die een financiële relatie hebben met de Staat (artikel 59 van de Comptabiliteitswet) en de bevoegdheden van de Algemene Rekenkamer in het kader van het toezicht op de uitvoering van Europese subsidies (artikel 59a van de Comptabiliteitswet). In dat verband heeft de Algemene Rekenkamer de bevoegdheid om onderzoek in te stellen bij instanties en bedrijven die betrokken zijn bij de uitvoering van Europese subsidieregelingen, een en ander al dan niet in samenwerking met de Europese Rekenkamer.

3.8 Geschilbeslechting door de Raad van Arbitrage

Hierna wordt nader ingegaan op enkele aspecten van geschilbeslechting door de Raad van Arbitrage, achtereenvolgens de (praktische) mogelijkheden tot het stellen van prejudiciële vragen, de verhouding met de rechtsbeschermingsrichtlijnen, het verplichte karakter in aanbestedingszaken en de onafhankelijkheid van de Raad van Arbitrage.

²¹⁰ Kamerstukken I, 2001–2002, 27 572, nr. 63b, p. 1.

3.8.1 Prejudiciële vragen

Bij de toepassing van de Europese aanbestedingsrichtlijn voor werken, waarvan de uitwerking is neergelegd in het UAR-EG 1991, kunnen verschillende vragen over de uitleg van die richtlijn opkomen. De interpretatie van begrippen die worden gehanteerd in Europese richtlijnen (in Gemeenschapsregelgeving in het algemeen) is voorbehouden aan het Hof van Justitie EG. Alleen wanneer dat in Gemeenschapsregelgeving uitdrukkelijk is bepaald, zijn de nationale autoriteiten zelf bevoegd tot interpretatie of invulling van in Gemeenschapsregelgeving gehanteerde begrippen.²¹¹ In alle andere gevallen dienen deze begrippen autonoom en communautair te worden uitgelegd en dient de nationale rechter voor de uitleg de criteria van het CILFIT-arrest²¹² in acht te nemen en zo nodig prejudiciële vragen te stellen; ook als het de toepassingen van nationale implementatiewetgeving betreft.

De scheidsgerechten die worden ingesteld door de Raad van Arbitrage voor de Bouw lijken niet bevoegd te zijn prejudiciële vragen te stellen. Arbitrale scheidsgerechten worden door het Hof van Justitie EG in het algemeen niet als rechterlijke instanties in de zin van artikel 234 EG beschouwd. Om te beoordelen of een orgaan een rechterlijke instantie is in de zin van artikel 234 EG, moet rekening worden gehouden met een samenstel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, het toepassen van regelen des rechts, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan.²¹³ Hoewel de statuten van de Raad van Arbitrage bepalen dat de benoeming van leden en buitengewone leden de goedkeuring behoeft van de minister van Verkeer en Waterstaat, kan niet worden gezegd dat het hier gaat om een vorm van rechtspraak. Dat komt onder andere naar voren uit de omstandigheid dat de leden worden benoemd door de constituerende verenigingen, de omstandigheid dat de leden tijdelijk worden benoemd (in de nieuwe statuten zoals die sinds 1 juni 2002 gelden, worden zij benoemd tot de 70-jarige leeftijd), alsmede in de juridisch zwakke status van de aanbestedingsreglementen (deze zijn niet vastgesteld op basis van een wettelijke regeling). Formeel is bovendien geen sprake van verplichte rechtsmacht, maar van vrijwillige onderwerping aan arbitrage. Van belang is daarbij ook dat het gebruik van de uniforme aanbestedingsreglementen met de daarbij behorende arbitrageclausules niet verplicht is.

Geconcludeerd moet dan ook worden dat de Raad van Arbitrage naar alle waarschijnlijkheid door het Hof van Justitie EG niet bevoegd zal worden geacht om prejudiciële vragen aan dit Hof te stellen. Vanwege het veelal spoedeisende karakter van voorgelegde geschillen zal daaraan waarschijnlijk overigens veelal ook geen behoefte bestaan. Dat neemt echter de voor de rechterlijke instanties ingevolge artikel 234 EG geldende verplichting om in voorkomend geval prejudiciële vragen te stellen niet weg. Nationale rechterlijke instanties zijn immers niet zelf bevoegd tot het geven van eigen oordelen over de uitleg van bepalingen van Gemeenschapsrecht.

De rechtbank is bevoegd in bijzondere gevallen arbitrale vonnissen te vernietigen. In de praktijk heeft deze vernietigingsgrond een beperkt karakter. Naar verluidt zou vernietiging van arbitrale vonnissen van de Raad van Arbitrage slechts incidenteel voorkomen. Geconcludeerd kan worden dat het stellen van prejudiciële vragen in dit stelsel niet eenvoudig is.

²¹¹ Zaak 327/82, EKRO, Jur. 1984, p. 107.

²¹² Zaak 283/81, CILFIT, Jur. 1982, p. 3415.

²¹³ Zie bijvoorbeeld; HvJ EG van 17 september 1997, zaak C-54/96, Dorsch Consult, Jur. 1997, p. I-4961; HvJ EG van 21 maart 2000, zaak C-110/98 – C-147/98, Gabalfirsa, Jur. 2000, p. I-1577 en HvJ EG van 30 mei 2002, zaak C-516/99, Walter Schmid, n.n.g.

3.8.2 Rechtsbeschermingsrichtlijn

De arbitragessystematiek roept in dit verband tevens de vraag op of er spanning bestaat met artikel 2, achtste lid, van de rechtsbeschermingsrichtlijn.^{214, 215}

Ingevolge artikel 2, achtste lid, van de rechtsbeschermingsrichtlijn hebben de lidstaten de keuze uit twee oplossingen bij de organisatie van het controlestelsel inzake overheidsopdrachten. De eerste oplossing houdt in, dat de bevoegdheid om kennis te nemen van beroepen wordt toegekend aan rechtsprekende instanties. Bij de tweede oplossing wordt deze bevoegdheid toegekend aan organen die geen rechtsprekende instantie zijn. In dat geval moet tegen de beslissingen van deze organen beroep kunnen worden ingesteld bij een rechter, dan wel bij een andere instantie, die dan, om een doeltreffend beroep te verzekeren, moet voldoen aan de bijzondere eisen van artikel 2, achtste lid, tweede alinea, van de rechtsbeschermingsrichtlijn.²¹⁶ Die eisen houden onder meer in dat deze instantie, net als een rechterlijke instantie, de mogelijkheid dient te hebben om in het kader van artikel 234 EG prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EG zodat de effectiviteit van het Gemeenschapsrecht en de uniforme uitleg van Gemeenschapsbepalingen kan worden verzekerd. Gelet op het beperkte toetsingskader dat de rechter in arbitragezaken in het kader van artikel 1065 Rv is gegeven, kan twijfel bestaan over de vraag of die procedure aan die voorwaarde voldoet. Ter zake van het mededingingsrecht heeft het Hof van Justitie EG bepaald, dat een arbitraal vonnis dat in strijd komt met artikel 81 EG door de burgerlijke rechter kan worden vernietigd.²¹⁷ Deze grond vormt derhalve een vernietigingsgrond in het kader van artikel 1065 Rv. Het kan niet geheel worden uitgesloten dat de burgerlijke rechter door middel van richtlijnconforme interpretatie, mede in het licht van artikel 10 EG (gemeenschapstrouw), de toetsingsgronden van artikel 1065 Rv oprekt in het licht van artikel 2, achtste lid, van de rechtsbeschermingsrichtlijn.

Voorts is nog van belang dat uit artikel 2, achtste lid, van de rechtsbeschermingsrichtlijn voortvloeit, dat wanneer geschillen worden onderworpen aan arbitrage, de voorzitter van het scheidsgerecht moet voldoen aan de criteria die in de desbetreffende lidstaat gelden voor de benoeming als rechter. Het UAR-EG 1991 voorziet hierin niet. Dat reglement sluit niet uit dat in dergelijke gevallen een niet-jurist voorzitter is van het scheidsgerecht. In de praktijk wordt bij het aantrekken van buitengewone leden (juristen) gelet op het benoemingsvereiste als rechter en wordt in zaken waarin het scheidsgerecht uit drie arbiters bestaat, het buitengewone lid in de regel als voorzitter benoemd.

De conclusie zou kunnen zijn dat het stelsel van rechtsbescherming in aanbestedingszaken in Nederland spanning vertoont met de Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen.

3.8.3 Arbitrage en keuzevrijheid

De burger kan niet buiten zijn wil van de rechter worden afgehouden.²¹⁸ Bij arbitrale bedingen is het uitgangspunt dan ook, dat partijen (gezamenlijk) uitdrukkelijk overeenkomen dat zij geschillen zullen voorleggen aan scheidsgerechten. Bij overheidsaanbestedingen doet zich de situatie voor dat de overheid de voorwaarden voor de aanbesteding bepaalt. Dat wordt versterkt door de aanbestedingsreglementen, waarin is bepaald dat niet is toegestaan een inschrijving onder voorwaarden te verrichten. Een dergelijke inschrijving wordt geacht niet te zijn gedaan.²¹⁹ Het is dus niet

²¹⁴ Richtlijn 89/665/EEG.

²¹⁵ Zie ook Pijnacker Hordijk en Van der Bend, t.a.p., p. 409 e.v.

²¹⁶ HvJ Eg van 4 februari 1999, zaak C-103/97, Köllensperger, Jur. 1999, p. I-551.

²¹⁷ HvJ EG van 1 juni 1999, zaak C-126/97, Eco swiss Benetton, Jur. 1999, p. I-3055.

²¹⁸ Artikel 17 van de Grondwet luidt: «Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.»

²¹⁹ Zie bijvoorbeeld artikel 23 UAR-EG 1991.

mogelijk bij de inschrijving een voorbehoud te maken voor het arbitraal beding. Door het hanteren van deze aanbestedingsreglementen worden aannemers dientengevolge feitelijk gedwongen om de arbitrageclausule in de aanbestedingsreglementen te accepteren.

3.8.4 *Onafhankelijkheid*

De leden van de Raad van Arbitrage worden door het AVBB, het KIVI en de BNA voorgedragen. De buitengewone leden worden benoemd door het bestuur van de Raad van Arbitrage, op voordracht van de Nederlandse Juristen-Vereniging. Benoemingen tot lid of buitengewoon lid behoeven de goedkeuring van de Minister van Verkeer en Waterstaat.

Bij aanbestedingszaken kan dit voor twee groepen bezwaarlijk zijn: de overheid en de niet bij deze organisaties aangesloten aannemers. Zij kunnen immers worden geconfronteerd met scheidsrechters waarin arbiters zitting hebben, die zijn benoemd door een organisatie waarbij hun tegenpartij is aangesloten.

Wat de overheid betreft wordt wel gesteld, dat zij wordt vertegenwoordigd door de BNA en het KIVI. Het is de vraag of deze stelling juist is. Deze organisaties zullen wellicht de overheid regelmatig als opdrachtgever hebben, en traditioneel ook bij de uitvoering van werken namens de overheid optreden, maar daarmee vertegenwoordigen zij – als organisatie – de overheid nog niet in dergelijke gevallen. Bij geschillen over de uitvoering van bouwprojecten zal de situatie zich wel frequent voordoen dat de architect als vertegenwoordiger van de opdrachtgever kan worden gezien. Bij aanbestedingszaken zal dat nagenoeg nooit het geval zijn. Daar staat tegenover dat de overheid, door middel van het goedkeuringrecht, in theorie invloed kan uitoefenen op de benoeming van de leden en buitengewone leden van de Raad van Arbitrage. Bovendien kiest de overheid er door middel van de uniforme aanbestedingsreglementen zelf voor om zich aan arbitrage door de Raad van Arbitrage te onderwerpen.

Voor niet-aangesloten aannemers ligt de situatie gecompliceerder. Bij niet-aangesloten aannemers moet men denken aan kleinere (onder)aannemers en aan buitenlandse aannemers. Zij worden gedwongen zich te onderwerpen aan arbitrage door de Raad van Arbitrage, waardoor de situatie zich kan voordoen dat in een scheidsrecht arbiters zitting hebben die door het AVBB zijn benoemd, terwijl bij die procedure ook leden van het AVBB zijn betrokken. Gelet op de aanbestedingsreglementen kunnen deze buitenlandse aannemers zich hieraan niet onttrekken door het maken van een voorbehoud bij de inschrijving; de inschrijving wordt dan immers geacht niet te zijn gedaan.

Bij aanbestedende diensten die niet tot de rijksoverheid behoren, vallen overigens opvattingen te beluisteren waarin de onafhankelijkheid van de Raad van Arbitrage ter discussie wordt gesteld. Dit is voor deze organisaties reden de bepalingen die handelen over geschilbeslechting en aanwijzing van de Raad van Arbitrage als geschilbeslechter in de aanbestedingsdocumenten uit te sluiten. Daarmee komen eventuele geschillen ten aanzien van de aanbesteding weer bij de gewone rechter terecht.²²⁰

Er is een aantal praktische waarborgen voor onafhankelijkheid van de arbiters. Per 1 juni 2002 worden de leden van de Raad van Arbitrage, net als rechters, benoemd tot de leeftijd van 70 jaar. Jurisprudentie wordt openbaar gemaakt, passief en actief. Verder is voorzien in de mogelijkheid van wraking. Een arbitraal vonnis dat zou getuigen van partijdigheid van de arbiters is vernietigbaar.

²²⁰ Dit standpunt wordt door de VNG uitdrukkelijk onderschreven in haar brief aan de voorzitter van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid van 5 juli 2002, p. 10.

De schijn van mogelijke partijdigheid als gevolg van de benoeming door de constituerende partijen wordt daarmee echter niet weggenomen.

4. MEDEDINGING: DE «HORIZONTALE» DIMENSIE

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 zijn de hoofdlijnen van het mededingingsrecht geschetst. De Europese grondslagen en de vertaling daarvan in huidige Nederlandse wet- en regelgeving passeerden de revue. Op de volgende bladzijden zal nader worden ingegaan op enkele saillante punten die in de Nederlandse situatie naar voren zijn gekomen. Achtereenvolgens komen aan de orde:

- aanbestedingskartels en het fenomeen van rekenvergoeding;
- combinatievorming en fusies of overnames aan de aanbodzijde;
- het toezicht, in het bijzonder de bevoegdheden van de NMa.

Overigens zij opgemerkt dat recent een uitgebreide evaluatie van de Mededingingswet en het functioneren van de NMa in opdracht van de minister van Economische Zaken is verschenen.²²¹

4.2 Aanbestedingskartels en rekenvergoedingen

Aanbestedingskartels kunnen verschillende vormen aannemen. Een mogelijkheid is om voorgenomen inschrijvingen aan te melden bij elkaar, of bij een secretariaat. Vervolgens wordt bepaald in een vooroverleg welke bieding het meest kansrijk is. Daarenboven kan een stelsel bestaan van verevening van kosten voor de betrokkenen, die vervolgens worden doorberekend als opslag op de laagste bieding aan de aanbestedende dienst. Dit is in het kort ook het stelsel zoals dat in het kader van de SPO functioneerde. Daarover straks meer. Een variant hierop is dat in een *voor-vooroverleg* (in de bouwsector naar verluidt ook wel de «voortrein» genoemd) de prijs van de laagste aanbieder wordt opgehoogd tot ongeveer het niveau dat de opdrachtgever voor de opdracht heeft geraamd. Daarvoor zal soms sprake moeten zijn van een «lek» bij de aanbestedende dienst. In andere gevallen kan vanwege de politieke, en dus openbare, discussie over het beschikbare budget al bekend zijn welk budget voor de opdracht beschikbaar is.

Een andere mogelijkheid is om opdrachten onderling te verdelen. Wie «aan de beurt is» om een opdracht te ontvangen, zorgt ervoor dat zijn aanbesteding lager is dan die van de anderen. De anderen zorgen ervoor dat zij daarboven blijven.

Voordelen van deze aanbestedingskartels zijn voor de deelnemers onder andere dat hogere prijzen kunnen worden bedongen en dat vermeden wordt dat de kosten die met de inschrijving zijn gemoeid (de rekenkosten), worden gemaakt zonder dat daar de opdracht of een vergoeding van deze kosten tegenover staat. Ook is het mogelijk zonder veel kosten een kansloze inschrijving te doen, zodat de aannemer op de lijsten van mogelijke gegadigden van de aanbestedende dienst blijft staan.

Het staat buiten elke twijfel, dat aanbestedingskartels binnen de werkingsfeer van artikel 81, eerste lid, EG vallen. Dat is niet alleen gebleken uit de hierna te bespreken SPO-zaak, maar dat was al bekend uit de suiker-kartel-zaak.²²² Uit de jurisprudentie²²³ is duidelijk dat de volgende afspraken verboden zijn: prijsafspraken; vooroverleg; verdeling van opdrachten; prijsopslag om calculatiekosten te verrekenen; vergoedingen die vanuit de deelnemende ondernemingen worden betaald aan de «gegadigde» om te kunnen concurreren met niet-aangesloten ondernemers.

Dat betekent niet dat elke afspraak tussen ondernemingen over aanbestedingen verboden is. De Commissie heeft in een beslissing in het kader van artikel 81, derde lid, EG aangegeven, dat geen actie zou worden ondernomen tegen een overeenkomst tussen aannemers en onderaannemers

²²¹ Plug, P.J., Syntheserapport evaluatie Mededingingswet, Berenschot, 2002; en voorts: Slot, P. J., J. E. M. Polak e.a., Eindrapport Evaluatie Mededingingswet (juridisch deelonderzoek), Universiteit Leiden, 2002.

²²² Zaken 40–48, 50, 5456, 111, 113 en 114/73, European Sugar Cartel (Coöperatieve Vereniging Suiker Unie, Jur. 1975, p. 1663.

²²³ Whish, R.; Competition Law, Butlertworths, 2001.

die zag op standaardisering van aanbestedingsprocedures²²⁴. In de voorgelegde overeenkomst was een regeling opgenomen die er onder andere in voorzag dat het aantal inschrijvers beperkt diende te worden om nutteloze studiekosten te besparen. Indien er meer inschrijvers waren, zou een rekenvergoeding moeten worden uitgekeerd door de opdrachtgever. De gewijzigde overeenkomst voorzag in een facultatieve regeling voor beperking van het aantal inschrijvers en een facultatieve regeling voor rekenvergoedingen waarvan de toepassing niet automatisch voortvloeit uit het aantal inschrijvingen of de gemaakte studiekosten. Voorwaarde daarbij was wel dat deze afspraken noch de prijscompetitie noch de inschrijvers in hun inschrijvingsgedrag zouden beperken. Het voordeel van de methode was dat de kosten van de aanbestedingsprocedure aldus konden worden verkleind.

4.2.1 Horizontale afspraken prijsvorming: SPO

Van oudsher werd in Nederland tussen aannemers bij de aanbesteding vooroverleg gevoerd. Daarbij werd door aannemers een opzetcontract gesloten.²²⁵ Dit houdt in dat zij op een werk niet zouden inschrijven op het bedrag waarvoor zij dachten het werk te kunnen uitvoeren, maar voor dat bedrag, verhoogd met een op te zetten bedrag (de rekenvergoeding). Degene die het werk kreeg, was verplicht om het bedrag van de opzet te verdelen onder de medecontractanten, dan wel te storten in een centrale kas. Om een en ander beter te reglementeren is in 1963 de Vereniging Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (SPO) opgericht. In deze vereniging worden voor de verschillende sectoren uniforme prijsreglementen vastgesteld. Hierin waren niet alleen voorzittingen getroffen voor de rekenvergoedingen, maar werd ook de voorvergadering verplicht gesteld. In die vergadering werd de rechthebbende aangewezen, die als enige gerechtigd was met de aanbesteder te onderhandelen zodat «leuren» werd voorkomen. De handhaving vond plaats via de Erecode voor Bedrijven in de Bouwnijverheid van het AVBB. Onder de WEM werd een en ander in 1986 door de minister van Economische Zaken gesanctioneerd in het Besluit mededingingsregeling in de bouwsector.²²⁶

4.2.2 Bezwaren Europese Commissie

De Europese Commissie heeft op 5 februari 1992 bij beschikking de door SPO opgestelde prijsreglementen wegens strijd met het Europese mededingingsrecht verboden. De Commissie had, zoals eerder in hoofdstuk 2 is aangegeven, vier hoofdbezwaren tegen de Nederlandse praktijk:

- deze praktijk roept een afstemming tussen aannemers in het leven, waarbij informatie wordt uitgewisseld over de kostenelementen van het werk, de kenmerken van de aanbiedingen en de door ieder voorgestelde prijzen;
- tijdens deze afstemming worden prijsonderdelen bepaald, de voorgestelde prijzen worden soms gewijzigd en deelprijzen worden bepaald;
- na de afstemming wordt één van de aannemers – de rechthebbende – beschermd tegen de andere deelnemers aan de afstemming, omdat de anderen het recht verliezen om hun aanbieding te bespreken met de opdrachtgever; niet bij de desbetreffende aanbestedingsprocedure betrokken aannemers die zijn aangesloten bij de SPO, mogen, indien zij nadien worden uitgenodigd door de opdrachtgever, alleen na toestemming van een commissie – onder nader te stellen voorwaarden – op die uitnodiging ingaan;

²²⁴ Bekendmaking overeenkomstig artikel 19, lid 3, van verordening nr. n17/62 van de Raad betreffende aanmelding nr. IV/31 014 – FIEC/CEETB (Pb EG 1988, C 52). Het ging daar om een regeling van de FIEC/CEETB. De Fédération Internationale Européenne de la Construction (FIEC) is samengesteld uit nationale federaties van werkgevers in het bouwbedrijf. Het Comité Européen des Equipements Techniques du Bâtiment (CEETB) vertegenwoordigt gespecialiseerde onderaannemers.

²²⁵ Zie Bouwrecht in kort bestek, M.A.M.C. van den Berg e.a. (red.), Stichting Instituut voor Bouwrecht, 4e druk, Kluwer, Deventer, 2000, p. 353.

²²⁶ Stb. 1986, 676.

- de regelingen verlenen de leden voordelen bij hun concurrentie met derden (niet aangesloten inschrijvers).

Hangende de procedure is in kort geding bij de President van het Gerecht van Eerste Aanleg schorsing van de werking van de verbodsbeschikking gevraagd. Dit is gedeeltelijk toegewezen. Ruimte werd gelaten voor een regeling waarbij een rechthebbende werd aangewezen door een bureau op basis van meldingen bij dat bureau, maar niet voor het bijeenroepen van een vergadering met het oog op de vaststelling van een rechthebbende. Vooroverleg en prijsafspraken bleven dus verboden. Zowel de Europese Commissie als de minister van Economische zaken heeft dit schriftelijk aan verscheidene verenigingen in de bouwwereld onderstreept. Hangende de procedure is door SPO met inachtneming van deze beschikking een tijdelijke regeling, de Voorlopige Uitvoeringsinstructie (VUI), opgesteld. De Commissie heeft daartegen, gelet op de beschikking van de President, geen bezwaar gemaakt.

Het Europese veto over een Nederlandse traditie

In 1992 verbood de Europese Commissie de prijsreglementering door de SPO en daarmee de Nederlandse traditie van horizontale verrekeningen in de bouwnijverheid. Dat zorgde voor de nodige opschudding en onbegrip in de sector. Niet alleen vanwege de opgelegde boete van f 51 miljoen voor gedragingen die pasten binnen het toenmalig geldend Nederlands recht. De bouwnijverheid was daarenboven van mening dat een ongebreidelde mededinging disfunctioneel is in deze sector en dat de SPO zorgde voor een «faire mededinging». De mededinging zou niet zijn uitgeschakeld, maar zijn verplaatst naar de fase vóór de aanbesteding, namelijk naar het vooroverleg.²²⁷ In dat verband werd gewezen op onderzoek waaruit bleek dat de bouwrijzen in Nederland tot de laagste in Europa behoorden; alleen Portugal en Griekenland waren goedkoper.²²⁸ Voorts bleek de arbeidsproductiviteit in de Nederlandse bouw de hoogste van Europa. Van de vermeende zelfgenoegzaamheid was dan ook geen sprake, zo werd gesteld. Dat zou ook blijken uit het feit dat de Nederlandse bouwsector actiever in het buitenland was dan haar Europese concurrenten.²²⁹

Het beroep tegen deze beschikking bij het Gerecht van Eerste Aanleg en het hoger beroep bij het Hof van Justitie EG werden afgewezen.²³⁰ Daarbij waren de volgende aspecten in het bijzonder van belang:

- het vooroverleg leidt tot afstemming tussen aannemers, die in het bijzonder ten doel heeft en ten gevolge heeft dat het gedrag dat elke aannemer met betrekking tot het werk heeft besloten of van plan is te volgen, aan zijn concurrenten wordt bekendgemaakt, en, voorzover zij er toe kan leiden dat bepaalde condities van de transacties worden vastgesteld, welbewust een feitelijke samenwerking tussen aannemers in de plaats stelt voor de risico's van de concurrentie, en dus een schending van artikel 81, eerste lid, EG oplevert;
- het systeem van prijsverhogingen moet worden aangemerkt als het bepalen van een onderdeel van de prijs, dat de mededinging tussen aannemers op het punt van de calculatiekosten beperkt en tot een prijsverhoging leidt die, wat de UPR betreft, hoger uitvalt naarmate de aanbesteder een groter aantal aannemers met elkaar wil laten concurreren;
- de bescherming die de rechthebbende geniet tegen leuren beperkt de mededinging. De daarbij gehanteerde drukmiddelen om te bewerkstelligen dat niet aangesloten inschrijvers zich bij de SPO aansluiten beperken de mededinging;
- aan één van de voorwaarden voor ontheffing op grond van artikel 81, derde lid, EG (te weten dat een billijk aandeel van de voordelen die uit

²²⁷ Slagter, W. J., Alternatieven voor een verboden prijsregeling in de bouw, *Bouwrecht*, nr. 1, januari 1993, p. 54.13 – 54.25; M. A. M. C. van den Berg had overigens al twee jaar eerder zwaar weer voor het Nederlandse kartelbeleid voorspeld in zijn inaugurele rede *Een faire kans*, Leiden 1991.

²²⁸ Onderzoekbureau PRC Internationale bouwkostenvergelijking in burgerlijke en utiliteitsbouw, 1992, onderzoek in opdracht van het Ministerie van VROM.

²²⁹ Van Waarden, F. en B. Unger, *A comparison of the construction industry in Europe; Characteristics, governance, performance and future perspectives*, 1994, *Wirtschaftsuniversität Wien*, Vienna.

²³⁰ Zaken T-29/92, SPO, Jur. 1995, p. II-289; C-137/95P, SPO, Jur. 1996, p. I-1611.

de mededingingsbeperkende maatregel voortvloeiende, de gebruikers (in dit geval de aanbesteders) ten goede komt), is niet voldaan. Zij zijn bovendien niet onmisbaar voor het bereiken van de gestelde doelen.

Eind 1995 is een regeling die ten doel had de VUI te vervangen, aangemeld bij de Commissie. Deze regeling week op wezenlijk punten af van de VUI. In 1998 werd duidelijk dat de Commissie geen ontheffing zou verlenen. Naar aanleiding daarvan is het ontheffingsverzoek ingetrokken. Begin 1998, na de inwerkingtreding van de Mededingingswet, was deze regeling ook aangemeld bij de NMa. Eind 1998 werd duidelijk dat ook de NMa het ontheffingsverzoek zou gaan afwijzen. Dat verzoek is toen eveneens ingetrokken.

4.2.3 Kostenvergoeding en aanbesteding

Nu duidelijk was geworden, dat er geen mogelijkheden meer bestonden voor de handhaving van horizontale regelingen inzake inschrijvingskosten en met betrekking tot vooroverleg en waarborgen tegen leuren, is nagedacht over de invoering van een verticale regeling. Dat heeft geleid tot de invoering van het UAR 2001, waarin met name de bepalingen inzake deze aspecten de nieuwe elementen vormen.

In het UAR 2001 wordt in de artikelen 41 tot en met 43 een facultatieve regeling opgenomen betreffende vergoeding van inschrijvingskosten. Overigens geldt het UAR 2001 niet voor die aanbestedingen waarvoor de Europese aanbestedingsrichtlijnen gelden. Daarvoor blijft het UAR-EG 1991 dienen.²³¹ De nieuwe regelingen inzake kosten en inzake het voorkomen van leuren zijn dan ook niet van toepassing op aanbestedingen die vallen onder de aanbestedingsrichtlijnen.

Uit artikel 41 UAR 2001 blijkt dat de regeling inzake vergoeding van inschrijvingskosten een facultatief karakter heeft. De regeling is van toepassing, tenzij in de bekendmaking of de uitnodiging tot inschrijving anders is bepaald. In de praktijk vindt uitsluiting van de toepassing van deze bepalingen bijna altijd plaats.²³²

Voor het bepalen van de vergoeding van kosten wordt een formule gehanteerd; de hoogte is met name gerelateerd aan de inschrijvingsom (artikel 43 UAR 2001). Aan het verstrekken van de vergoeding is een aantal voorwaarden verbonden (artikel 42 UAR 2001). Alleen de tien laagste inschrijvers komen voor de vergoeding in aanmerking. Indien het niet aan de inschrijvers is toe te rekenen dat het werk niet wordt opgedragen, vindt vergoeding van kosten plaats.

Wezenlijk verschil met de oude – horizontale prijsreglementen is:

- dat vanwege het verticale karakter van de regeling alle inschrijvers op gelijke voet voor de vergoeding in aanmerking komen (en dus niet alleen aangesloten inschrijvers);
- dat alleen de calculatiekosten worden vergoed. Niet is voorzien in een vergoedingsregeling om te kunnen concurreren met niet-aangesloten inschrijvers. Dit hangt uiteraard samen met het generieke karakter van de regeling;
- dat – anders dan bij de voorheen bestaande regeling – de regeling geen aanleiding geeft tot vooroverleg tussen aannemers; de regie ligt immers bij de aanbestedende dienst.

4.2.4 Verticale regeling en mededingingsrecht

De omstandigheid dat (een gedeelte van) de eerdere horizontale regeling is omgezet in een verticale (het aanbestedingsreglement), betekent op zichzelf nog niet dat deze aan het Europese mededingingsrecht is

²³¹ Dat komt naar voren in artikel 5 van de Beleidsregels aanbesteding van werken (Stcrt. 2001, 113), welke van kracht zijn per 1 september 2001 (zie ook hierna).

²³² Onderzoek verricht door het adviescentrum aanbestedingen Burgerlijke- en Utiliteitsbouw, gepubliceerd op www.acabenu.nl. In de periode 1 september 2001 – 31 december 2001 was dat bij de rijksoverheid in 94% van de gevallen, in de periode 1 januari 2002 – 31 maart 2002 was dat 97%. Bij gemeenten was dat 71 resp. 86%.

onttrokken. Een dergelijke verticale regeling kan nog steeds onder het kartelverbod van artikel 81, eerste lid, EG vallen, al dan niet in samenhang met artikel 10 EG (gemeenschapstrouw) voorzover de overheid maatregelen treft die de instandhouding van een kartel bevorderen. Dit wordt bevestigd door het antwoord van Commissaris Monti op vragen vanuit het Europese Parlement, waarin de Commissaris stelt dat ook een nationale regeling waarbij rekenvergoedingen verplicht worden gesteld, strijdig zou kunnen zijn met het communautair recht.²³³ Voorts kan onder omstandigheden sprake zijn van steunverlening in de zin van artikel 87 EG. Dat zou in de meest extreme situatie het geval zijn bij een verplichte regeling inzake rekenvergoedingen zonder enige begrenzing, waardoor het opstrijken van rekenvergoedingen een doel op zich kan vormen.

In de procedure bij het Gerecht van Eerste Aanleg aangaande de SPO-beschikking²³⁴ oordeelde het Gerecht over de gevolgen van de rekenvergoeding voor de aanbestedingspraktijk onder andere het volgende:

«... dat het stelsel van rekenvergoedingen in het bijzonder ten doel heeft, de aanbesteders ertoe aan te zetten een afweging te maken van de baten en de kosten van het uitnodigen van een kleiner of groter aantal aanbieders, omdat de aanbesteder, door de transactiekosten zichtbaar zijn gemaakt, weet dat hij de kosten daarvan moet dragen. In zijn totaliteit zou een dergelijk stelsel tot lagere transactiekosten leiden. Om dit doel te bereiken zet het stelsel de aanbesteders ertoe aan, de doelgroep van hun offerteaanvragen beter te bepalen en dus een kleiner aantal inschrijvers uit te nodigen, door de aanbesteders de calculatiekosten van alle door hen uitgenodigde inschrijvers te laten dragen. Omdat het aantal door de aanbesteders uitgenodigde inschrijvers enkel in het kader van de ondershandse procedure kan worden beperkt, begunstigt het stelsel de ondershandse aanbestedingen boven de openbare en bij de ondershandse aanbestedingen de meest beperkte...» (r.o. 232) «Terecht stelt de Commissie zich evenwel op het standpunt dat de openbare procedure voor de buitenlandse aannemers het middel bij uitstek is om op de Nederlandse markt door te dringen.» (r.o. 233)

Een (verplicht) stelsel van rekenvergoedingen, zo moet aan de hand hiervan worden geconcludeerd, beperkt de concurrentie en draagt eraan bij dat buitenlandse aanbieders moeilijker toegang krijgen op de markt. Hieruit kan worden afgeleid, dat een verplicht stelsel van rekenvergoedingen de mededinging zal beperken. Indien deze vergoeding verticaal is geregeld, kan dit tevens tot een belemmering van het vrije verkeer leiden, doordat aanbieders ervan worden weerhouden in Nederland in te schrijven. Aanbestedende diensten worden immers aangemoedigd het aantal inschrijvers zo klein mogelijk te houden.

Hoewel de verticale regeling niet principieel (door het verticale karakter) buiten de reikwijdte van het Europese mededingingstoezicht valt, zijn er wel argumenten voor de stelling, dat de in het UAR 2001 opgenomen regeling daarmee niet in strijd komt. Belangrijkste aspecten zijn dat de regeling niet uitnodigt tot een vooroverleg tussen aannemers, dat de regeling een generiek en facultatief karakter heeft, en dat deze alleen voorziet in een redelijke vergoeding van calculatiekosten. De regeling leidt niet tot benadeling van buitenstaanders. Onder omstandigheden zou toepassing van de regeling echter kunnen leiden tot een vorm van staatssteun. Het facultatieve karakter van de regeling biedt de mogelijkheid zulks te voorkomen. Het facultatieve karakter van de regeling sluit ook aan bij de aanpassingen die hebben plaatsgehad in het kader van de hiervoor in paragraaf 4.2 besproken FIEC/CEETB- procedure bij de

²³³ Schriftelijke vraag nr. E-0588/02 van M. van den Berg e.a. aan de Commissie van 21 februari 2002; antwoord van Commissaris Monti van 17 april 2002, n.n.g.

²³⁴ Zaken T-29/92, SPO, Jur. 1995, p. II-289; C-137/95P, SPO, Jur. 1996, p. I-1611.

Europese Commissie.²³⁵ Tot slot wordt door het facultatieve karakter van de regeling voorkomen dat aanbestedende diensten worden aangemoedigd het aantal inschrijvers zo klein mogelijk te doen zijn. Over het ontwerp voor de UAR 2001 heeft informeel overleg plaatsgehad met de Europese Commissie.²³⁶ De Commissie had kennelijk geen bezwaren tegen de voorgestelde opzet. Aangezien het overleg een informeel karakter had, kunnen daaraan door Nederland of partijen in een eventuele procedure evenwel geen rechten worden ontleend.

4.2.5 De wenselijkheid van een rekenvergoeding

Uitgangspunt bij aanbestedingen is, dat de kosten die inschrijvers maken in verband met inschrijvingen op opdrachten behoren tot het normale bedrijfsrisico. Dat is het geval bij diensten en leveringen. De discussie over rekenvergoedingen speelt tot op heden alleen bij het vergeven van bouwopdrachten door overheden. Deze neemt daarmee een uitzonderingspositie in. De vraag is of specifieke structuurkenmerken van aanbesteding in de bouw, een dergelijke uitzondering rechtvaardigen. Bijzonder kenmerk is dat inschrijvers bij inschrijvingen op bouwprojecten soms zeer intensieve berekeningen en ontwerpactiviteiten moeten verrichten om een adequate inschrijving te kunnen doen, terwijl uiteraard – niet zeker is dat hen het werk ook zal worden gegund. De omvang van die kosten verschilt van geval tot geval. Bij eenvoudige en monodisciplinaire opdrachten zullen de kosten beperkt zijn. Daarmee is nog niet gezegd dat hiermee een stelsel van rekenvergoedingen, als middel om met deze kosten om te gaan, het enig mogelijke of juiste is. Het Gerecht van Eerste aanleg heeft in de uitspraak over de SPO-beschikking over het beweerd bijzondere karakter van de bouwmarkt overigens het volgende opgemerkt:

«Het Gerecht stelt vast, dat de Commissie in haar beschikking akte heeft genomen van de door verzoeksters beschreven bijzondere kenmerken van de markt, doch dat zij van oordeel was dat deze bijzondere kenmerken geen grond opleverden om een ontheffing te verlenen. (...) (r.o. 255)

Bovendien zij opgemerkt dat de Commissie terecht, zonder ter zake door verzoeksters te zijn weersproken, verwijst naar het feit dat noch in andere dienstensectoren waarvan de kenmerken overeenkomst vertonen met die van de bouwmarkt, noch in de bouwsector in andere lidstaten soortgelijke regelingen bestaan als in de onderhavige procedure aan de orde zijn. Eveneens heeft de Commissie terecht geweigerd om te erkennen, zoals verzoeksters wilden, dat mededingingsregelingen in de bouwsector onvermijdelijk zijn. De verlening van een ontheffing uit hoofde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag kan namelijk niet worden gerechtvaardigd met de verklaring dat indien voor de aangemelde mededingsregeling geen ontheffing wordt verleend, andere, nog ernstigere mededingsregelingen in het leven zouden worden geroepen. (...) (r.o. 256)

In het Europese mededingingsrecht wordt het bijzondere karakter van de bouwmarkt dus niet als argument voor (horizontale) regelingen aanvaard.

Een vraag is of een stelsel van rekenvergoedingen en de door het bedrijfsleven bepleitte systematiek in de Europese Unie gemeengoed is. Deze vraag lijkt ontkennend te moeten worden beantwoord. Het bedrijfsleven brengt hier tegen in dat het fenomeen van de rekenvergoeding niet als een geïsoleerd element moet worden beschouwd, maar als onderdeel van het in dat land geldende aanbestedingsregime en de daarbij behorende aanbestedingscultuur. In Nederland is altijd sprake geweest van het toerekenen van de rekenkosten per gehouden aanbesteding.²³⁷

²³⁵ Bekendmaking overeenkomstig artikel 19, lid 3, van verordening nr. 17/62 van de Raad betreffende aanmelding nr. IV/31 014 – FIEC/CEETB (PbEG 1988 C 52).

²³⁶ Zie hierover D.E. van Werven, UAR 2000, aanleiding en wijze van totstandkoming, BR 2000, p. 5.

²³⁷ Een rekenvergoeding zal aannemers in voorkomend geval echter niet weerhouden van vooroverleg over prijsafspraken. Zie ook de brief van de VNG aan de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid, van 5 juli 2002, p. 7.

Uit het bovenstaande kan niet anders worden geconcludeerd dan dat Nederland onderdeel is van de Europese Unie en zich derhalve zal moeten schikken naar de binnen de Unie geldende regels. Voor een stelling «het was altijd zo en het moet zo maar blijven, want het past binnen onze cultuur» is geen ruimte. Van de zijde van de Nederlandse overheid is uiteindelijk – met de nodige terughoudend om toch de bouwrijverheid op enig punt tegemoet te komen – ingestemd met de opname van een facultatieve regeling voor een rekenvergoeding in het nieuwe UAR.

Indien de calculatiekosten van de inschrijvers worden vergoed door de aanbestedende dienst, is het gevolg dat de kosten van inschrijvers die zijn toe te rekenen aan dat project ook in dat verband worden betaald. Indien zij niet worden vergoed, is het gevolg dat inschrijvers deze kosten zullen proberen te verhalen bij de opdrachten die hen wel worden gegund. Deze zullen worden doorberekend in de algemene kosten bij die opdracht. Dat leidt er dus toe dat aanbestedende diensten de kosten van niet-gegunde projecten van de inschrijver aan wie dit ene werk is gegund, zullen betalen. Terecht merkt Jansen op, dat de vraag welk stelsel de meest efficiënte kostenallocatie tot gevolg heeft, nauw samenhangt met de vraag bij wie van de betrokken partijen de meeste prikkels aanwezig zullen zijn om de offertekosten zoveel mogelijk te beperken.²³⁸

Een voordeel van een stelsel van rekenvergoedingen kan zijn, dat de aanbestedende dienst uitsluitend (geheel of gedeeltelijk) de kosten, die zijn gemoeid met de aanbestedingsprocedure, zou betalen. Daarvoor zou als reden kunnen worden aangevoerd dat de aanbestedende dienst deze kosten heeft veroorzaakt. Een stelsel van rekenvergoedingen zou ertoe leiden, dat aanbestedende diensten meer kostenefficiënt gaan aanbesteden. De specifieke kosten die met dat project samenhangen worden zo inzichtelijk, in plaats van een niet transparante kostenopslag in de algemene kosten. Efficiënter aanbesteden wat de rekenkosten betreft, kan onder meer worden bereikt door het aantal inschrijvers te beperken. Dit systeem zou dan ook leiden tot minder openbare aanbestedingen. Het is immers kostenefficiënt om zo min mogelijk aanbieders uit te nodigen. Wat daarvan zij, zoals hiervoor reeds aan de orde is geweest, heeft een verplicht stelsel van rekenkostenvergoedingen tot gevolg dat de (Europese) mededinging wordt beperkt, en is een dergelijk stelsel dientengevolge op grond van de rechtspraak niet toegestaan. Alleen een facultatieve regeling inzake kostenvergoedingen is toegestaan.

Een stelsel van rekenvergoeding zal voor aanbieders weinig stimulans geven om kostenefficiënt om te gaan met de keuze om wel of niet op een opdracht in te schrijven. Het ontbreken van een dergelijk stelsel zal tot gevolg hebben dat inschrijvers zo kostenefficiënt mogelijk zullen gaan inschrijven. Zij zullen alleen inschrijven wanneer zij een reële kans aanwezig achten dat het werk ook daadwerkelijk aan hen zal worden gegund. Dat kan er ook toe leiden, dat wellicht terughoudend zal worden gereageerd op uitnodigingen. Dat geldt voor het bijzonder bij zeer complexe innovatieve projecten, zoals turnkey en design & construct. Omdat het ontwerp wordt toegevoegd, zijn bij dit soort projecten aan de aanbestedingsfase veelal niet alleen zeer hoge kosten verbonden, maar dient de aanbestedingsfase ook om het project vorm te geven. In dergelijke gevallen zouden de inschrijvingskosten belemmerend kunnen werken op innovatief aanbesteden. Ook kan de vraag worden gesteld of dergelijke kosten in alle gevallen in redelijkheid volledig ten laste van de inschrijver moeten blijven, gelet op de bijdrage die de inschrijver in een dergelijk geval levert aan de gedachtevorming over de vormgeving van

²³⁸ Zie C.E.C. Jansen, *Andere manier van aanbesteden voorkomt bouwkartels*, NJB 2001, p. 2123 e.v.

het project. In zulke gevallen valt de toepassing van een – facultatieve – regeling te verdedigen.

Naar verluidt zou ook in het kader van de voorstellen voor aanpassing en modernisering van de Europese aanbestedingsregels inmiddels met betrekking tot de «competitive dialogue», die ziet op zeer complexe projecten, worden gedacht aan een mogelijkheid voor aanbestedende diensten om aan de deelnemers van die dialoog een vergoeding voor de kosten te verstrekken.

4.3 Combinatievorming

4.3.1 Europeesrechtelijk uitgangspunt

In het kader van aanbestedingen kunnen ondernemingen een combinatie-overeenkomst aangaan. Zij brengen dan gezamenlijk een aanbod uit en voeren vervolgens, na gunning, samen de verkregen opdracht uit. Deze overeenkomsten kunnen de mededinging beperken. Zowel in het Europese als in het nationale mededingingsrecht is evenwel voor dergelijke overeenkomsten voorzien in enkele uitzonderingen op het kartelverbod.

De Europese Commissie heeft in een bekendmaking aangegeven hoe zij zal omgaan met bepaalde samenwerkingsovereenkomsten tussen ondernemingen, waaronder combinatieovereenkomsten.²³⁹ De Commissie stelt dat indien ondernemingen onderling niet in concurrentie staan, zij ook door de vorming van werkgemeenschappen niet de onderlinge concurrentie beperken. Dat geldt wanneer producten of prestaties worden ingebracht die door de andere deelnemer(s) niet kunnen worden ingebracht. Ook is volgens de Commissie geen sprake van mededingingsbeperking als het gaat om op zichzelf met elkaar in concurrentie zijnde bedrijven die een samenwerking aangaan, maar dan moeten zij individueel niet in staat zijn om de opdracht uit te voeren, in het bijzonder vanwege ervaring, speciale kennis, capaciteit of kapitaal. Deze bekendmaking is recent vervangen door een mededeling (met een veel ruimere strekking) van de Commissie over de toepasselijkheid van het kartelverbod op horizontale samenwerkingsovereenkomsten.²⁴⁰ De principes, zoals die in de hiervoor beschreven bekendmaking waren neergelegd, komen in deze mededeling terug. In punt 24 van de mededeling heeft de Commissie het standpunt neergelegd dat sommige samenwerkingsvormen door hun aard niet onder het kartelverbod van artikel 81, eerste lid, EG vallen. Het betreft samenwerking tussen niet-concurrenten en samenwerking tussen concurrerende ondernemingen die het project of de activiteit waarop de samenwerking betrekking heeft niet zelfstandig kunnen uitvoeren. De Commissie voegt hieraan toe dat deze soorten samenwerking slechts onder artikel 81, eerste lid, EG zouden vallen, indien er ondernemingen met een aanzienlijke marktmacht bij betrokken zijn.²⁴¹

Voorts kan de vrijstellingsverordening van belang zijn die geldt voor bepaalde groepen verticale overeenkomsten.²⁴² Deze verordening bevat voorwaarden waaronder overeenkomsten (of onderling afgestemde feitelijke gedragingen) waarbij in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen partij zijn. De (groeps)vrijstellingen zijn van toepassing voorzover het gaat om mededingingsbeperkingen die onder het begrip kartel van artikel 81, eerste lid, EG vallen. Geregeld worden de randvoorwaarden waaronder

²³⁹ Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen betreffende de samenwerking tussen ondernemingen (C 75/3 en C84/14, PbEG C 1968).

²⁴⁰ Mededeling nr. 2001/C 3/02 van de Commissie betreffende richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (PbEG C 3).

²⁴¹ Ondernemingen kunnen een aanzienlijke marktmacht hebben zonder dat sprake is van een machtspositie in de zin van artikel 82 EG. Voor de invulling van begrip marktmacht is bepalend of de ondernemingen door hun samenwerking in staat zullen zijn negatieve gevolgen voor de markt teweeg te brengen met betrekking tot prijzen, productie-innovatie of de variëteit of kwaliteit van goederen en diensten (punt 27 van de mededeling).

²⁴² Verordening nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PbEG L 336).

afspraken kunnen worden gemaakt over het kopen, verkopen of doorver- kopen van bepaalde goederen of diensten. De voorwaarden hebben betrekking op aspecten als marktaandeelen. Er geldt bovendien een verbod voor bepaalde marktbeperkende voorwaarden, zoals bepaalde non-concur- rentiebedingen.

4.3.2 Mededingingswet

De mededeling van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81, eerste lid, EG op horizontale overeenkomsten, is ook van groot belang voor de toepassing van de Mededingingswet. Voor de definitie van het kartelverbod in artikel 6 van de Mededingingswet is immers aangesloten bij de definitie daarvan in artikel 81 EG.

In het kader van de Mededingingswet geldt voorts het Besluit vrijstelling combinatievorming dat tot 1 januari 2008 van kracht is.²⁴³ Daarin is een vrijstelling van het kartelverbod voorzien voor bepaalde combinatie- overeenkomsten bij aanbestedingen. Dat is het geval indien elk van de betrokken ondernemingen zich verbindt een aanmerkelijke bijdrage te leveren aan de uitvoering van de desbetreffende opdracht. Daarbij mogen geen andere mededingingsbeperkingen zijn opgenomen, dan die noodzakelijk zijn voor de aanbesteding en de uitvoering van het werk. Van deze vrijstelling kan geen gebruik worden gemaakt indien het aantal ondernemingen dat aan de desbetreffende combinatieovereenkomst deelneemt, onevenredig groot is (artikel 3), gelet op de aard en omvang van de uit te voeren opdracht in relatie tot de betekenis en capaciteit van de betrokken ondernemingen.

Over de betekenis van het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten kan het volgende worden opgemerkt. De omstandigheid dat een combina- tieovereenkomst onder het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten valt, sluit niet uit dat deze bij de Commissie dient te worden aangemeld ter verkrijging van een vrijstelling ingevolge artikel 81, derde lid, EG. Dat zal het geval zijn wanneer de combinatieovereenkomst gevolgen kan hebben voor de gemeenschappelijke markt. Een vergelijkbare vrijstellings- regeling als in het kader van de Mededingingswet is niet vastgesteld in het kader van het Europese mededingingsrecht. Het gevolg is dat in zulke gevallen om een individuele ontheffing zal moeten worden verzocht bij de Europese Commissie. De criteria van het Besluit sluiten overigens in grote lijnen aan bij de criteria die de Commissie in de mededeling hanteert; dus in gevallen waarop het kartelverbod toch al niet van toepassing is. Tot slot is van belang dat het merendeel van de combinaties die in het onderzoek van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid aan de orde zijn, gevolgen kunnen hebben voor de gemeenschappelijke markt, en dus primair in het licht van het Europese mededingingsrecht zullen moeten worden beoordeeld.

4.3.3 Combinatievorming in de bouw

Toegesplitst op de bouw kan het volgende worden opgemerkt. Een samen- werkingsovereenkomst tussen bedrijven die onderling niet in concurrentie staan, beperkt de onderlinge concurrentie niet. Zij staan niet in onderlinge concurrentie wanneer producten of prestaties worden ingebracht die door de andere partij(en) niet kunnen worden ingebracht. Hiermee worden bijvoorbeeld combinatieovereenkomsten tussen hoofdaannemers en gespecialiseerde onderaannemers mogelijk gemaakt. Dat wil niet zeggen dat deze combinaties zich daardoor volledig aan het mededingings-

²⁴³ Stb. 1997, 592.

toezicht onttrekken. Dit komt onder andere naar voren in artikel 1, onderdeel d., onder 2°, van het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten. Daarin is bepaald dat in een combinatieovereenkomst geen andere mededingingsbeperkingen mogen zijn opgenomen, dan die noodzakelijk zijn voor inschrijving op en de uitvoering van de opdracht waarop de combinatie betrekking heeft. Ook kan worden gewezen op de passage in de mededeling inzake horizontale overeenkomsten van de Commissie.²⁴⁴ Daarin wordt gesteld dat – indien er ondernemingen met een aanzienlijke marktmacht bij betrokken zijn – dergelijke overeenkomsten wél onder het kartelverbod zouden vallen.

Bij ondernemingen die onderling wél in concurrentie staan hoeft samenwerking niet altijd een beperking van de mededinging in te houden. Dat is het geval indien de betrokken ondernemingen ieder afzonderlijk namelijk niet in staat zouden zijn om de opdracht (binnen de gestelde termijn) uit te voeren; bijvoorbeeld door omvang van het werk (kwesties rond capaciteit en kapitaal), of omdat de benodigde ervaring of speciale kennis ontbreekt. Volgens de mededeling van de Commissie is geen sprake van concurrentiebeperking wanneer de ondernemingen pas door de combinatievorming in staat zijn een aanbod te doen dat kans op succes heeft.

De Commissie waarschuwde al in de bekendmaking uit 1968 voor het optreden van concurrentiebeperking wanneer ondernemingen zich zouden verbinden om alleen in het kader van een werkgemeenschap op te treden. Het eerder geciteerde artikel 3 van het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten formuleert het aldus: «een combinatieovereenkomst is niet vrijgesteld indien het aantal ondernemingen dat aan de desbetreffende combinatieovereenkomst deelneemt, onevenredig groot is, gelet op de aard en de omvang van de uit te voeren opdracht in relatie tot de betekenis en de capaciteit van de betrokken ondernemingen».

De uitgangspunten van deze principes zijn duidelijk. Er moet een objectieve noodzaak bestaan voor de combinatieovereenkomst: zonder deze overeenkomst zouden de afzonderlijke ondernemingen niet op het werk kunnen inschrijven. De overeenkomst mag niet verder gaan dan voor dat doel noodzakelijk is.

De toepassing van deze criteria lijkt evenwel niet probleemloos. Aangenomen kan worden dat het immers niet altijd eenvoudig zal zijn om te beoordelen of een combinatieovereenkomst noodzakelijk is. Aspecten als kennis, ervaring en kapitaal zijn nog wel in zekere mate van objectiviteit toetsbaar. Dat wordt moeilijker waar het gaat om capaciteit. Het is duidelijk wanneer de capaciteit van een onderneming onder alle omstandigheden te klein zal zijn om de opdracht uit te kunnen voeren. Het wordt evenwel zeer moeilijk wanneer het gaat om een onderneming die op zichzelf over voldoende capaciteit (materieel en personeel) beschikt, maar die capaciteit door allerlei omstandigheden op dat moment niet tot zijn beschikking heeft voor de desbetreffende opdracht; bijvoorbeeld door de uitvoering van opdrachten elders. Zeker vooraf lijkt deze beoordeling problematisch. Achteraf, na gunning en uitvoering van het werk, zou een indicatie kunnen zijn de mate waarin de betrokken ondernemingen bij de uitvoering van de opdracht betrokken zijn geweest. Indien één of meer van de betrokken ondernemingen bij de uitvoering niet of nauwelijks betrokken is geweest, kan dit een indicatie zijn dat de combinatieovereenkomst niet noodzakelijk was voor de uitvoering van de opdracht. Evenmin zal het in de praktijk altijd eenvoudig zijn het criterium van het Besluit vrijstelling combinatievorming toe te passen, dat een combinatieovereenkomst niet is vrijgesteld indien het aantal ondernemingen dat aan de desbetreffende combinatieovereenkomst deelneemt, onevenredig

²⁴⁴ Mededeling nr. 2001/C 3/02 van de Commissie betreffende richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (PbEG C 3), punt 24.

groot is gelet op de aard en omvang van de uit te voeren opdracht in relatie tot de betrokken ondernemingen.

Het beeld van combinaties blijkt in de praktijk divers te zijn.²⁴⁵ Vaak gaat één van de grote bouwondernemingen een combinatie aan met een of meer kleine ondernemingen. Ook komen combinaties met twee van de grote bouwondernemingen regelmatig voor. Opvallend is dat daarbij zeer wisselende combinaties voorkomen. De grote bouwondernemingen zijn blijkens deze ontwikkeling niet alleen elkaars concurrenten, maar zij werken onderling ook regelmatig – in wisselende samenstelling – met elkaar samen.

Deze praktijk van combinaties van sterk wisselende samenstelling waarbij de grote bouwondernemingen betrokken zijn, geven wellicht een indicatie van onderlinge afhankelijkheid van de grote bouwondernemingen van elkaar. Ook zou het wellicht kunnen duiden op een gebrek aan concurrentie in de sector. Een andere duiding zou kunnen zijn, dat zo productiemiddelen efficiënter kunnen worden ingezet. Anders onbenutte capaciteit van de desbetreffende ondernemingen kan zo tezamen worden ingezet. Daarvan kan wel een mededingingsbeperkend effect uitgaan, bijvoorbeeld ingeval bij dergelijke combinaties nauwelijks winst zou worden genomen, om zodoende het werk gegund te krijgen en deze productiemiddelen niet onbenut te laten.

Tot slot zou het kunnen zijn dat verschillende specialisaties zo kunnen worden verenigd en dat risico's worden gespreid.

Het rapport Scan van de Nederlandse bouwsector, opgesteld door CAP Analysis in opdracht van de NMa, bevat boeiende observaties aangaande combinatievorming. De omstandigheid dat de grote Nederlandse bouwondernemingen gezamenlijk bieden in grote projecten en dus overeenstemming kunnen bereiken over de omvang van ieders deelname en de prijs, toont aan dat deze grote ondernemingen in staat zijn hun marktgedrag te coördineren. Het feit dat alle grote Nederlandse bouwondernemingen bovendien regelmatig met elkaar in dergelijke verbanden kunnen samenwerken, maakt de kans groter dat ze ook in staat zijn om op grotere schaal afspraken te maken over hun gedrag op de markt, aldus de onderzoekers.²⁴⁶

Zoals hiervoor aan de orde is geweest zullen combinatieovereenkomsten in het algemeen niet onder het kartelverbod vallen indien deze worden gesloten tussen concurrerende ondernemingen die ieder voor zich de desbetreffende opdracht niet zouden kunnen uitvoeren. Het is de vraag of aan die voorwaarde is voldaan in de situatie dat de betrokken ondernemingen op zichzelf de desbetreffende opdracht zouden kunnen uitvoeren, maar voor de beoogde periode niet over de benodigde capaciteit beschikken vanwege de uitvoering van andere opdrachten. De omstandigheid, dat regelmatig grote bouwondernemingen, waarvan niet onaannemelijk is dat deze in de relevante markt over aanzienlijke marktmacht beschikken, bij bouwcombinaties zijn betrokken, maakt het onzeker of deze combinatieovereenkomsten nog passen binnen de kader die zijn gesteld voor het toelaten van combinatieovereenkomsten.

²⁴⁵ Gegevens ontleend aan het deelproject van de enquêtecommissie inzake economische structuurkenmerken van de bouwsector, in het bijzonder de beschrijving van de bouwsector. Het onderzoek in opdracht van de NMa, Scan van de Nederlandse bouwsector, juni 2002, geeft eenzelfde beeld.

²⁴⁶ CAP Analysis, Scan van de Nederlandse bouwsector, in opdracht van de NMa, juni 2002, p. 29.

De mate van combinatievorming waarbij ook buitenlandse bedrijven zijn betrokken, is moeilijk na te gaan. Als middel om met moeilijkheden in verband met de Nederlandse situatie (kennis Nederlandse regelgeving, beschikbaarheid personeel en materieel) op te lossen, lijkt deze methode voor buitenlandse ondernemingen aantrekkelijk. In hoeverre daarvan gebruik wordt gemaakt, is niet exact bekend. Uit de omstandigheid dat bij het deelonderzoek economische structuurkenmerken geen significante

hoeveelheid combinaties zijn aangetroffen waarbij buitenlandse ondernemingen betrokken waren, kan in ieder geval worden afgeleid, dat combinatievorming niet structureel wordt gebruikt voor het toetreden tot de Nederlandse bouwmarkt door buitenlandse bouwondernemingen.

De NMa heeft in een brief aan de minister van Economische Zaken gemeld, dat bij de onderzoeken in de bouw speciale aandacht zal worden gegeven aan de werking van het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten.²⁴⁷ Daarbij zal worden bezien in hoeverre combinatieovereenkomsten worden gebruikt als vehikel voor verboden afstemming. Ook wordt onderzocht in welke mate de vrijstelling de mededinging beperkt en of de vrijstelling niet wordt gebruikt voor oneigenlijke doelen. Volgens de NMa leiden in bepaalde gevallen een verdergaande uitwisseling van informatie en het feit dat sprake kan zijn van personele unies bij verschillende combinaties mogelijk tot verboden afstemming van marktgedrag.

4.4 Concentratievorming

4.4.1 Concentratievorming in de bouw

In de bouw is sprake van een sterke concentratietendens. Hierbij kan onderscheid worden gemaakt tussen verticale concentraties (concentraties waarbij ondernemingen uit verschillende stadia van de productieketen zijn betrokken) en horizontale concentraties (concentraties op hetzelfde niveau).

Uit het onderzoek naar de economische structuurkenmerken komt naar voren dat concentraties in de bouw in het bijzonder plaatshebben om risico's in verband met mogelijke tekorten van bouwmaterialen tegen te gaan. In het bijzonder bij zand en grind dreigt de komende jaren een tekort, terwijl de komende jaren grote projecten zijn gepland. Door overnames van zand-, grind-, asfalt- en betonbedrijven kunnen de risico's bij deze struikelblokken worden geïnternaliseerd. Niet alleen de concurrentie op de inputmarkt wordt zo weggenomen, maar ook worden concurrerende bouwondernemingen die niet over eigen toeleveranciers beschikken, op deze wijze uit de markt geprijsd. Zij zullen immers eerder problemen ondervinden van een eventuele optredende schaarste van grondstoffen, hetgeen zich dan uit door hogere prijzen, langere levertijden en dergelijke. Ook kunnen op deze wijze de toetredingsdrempels voor nieuwkomers op de Nederlandse markt worden verhoogd. Door het vormen van grote gediversifieerde bouwconcerns wordt bovendien samenwerking vanuit verschillende deelgebieden bij de uitvoering versoepeld en is er meer financieel draagvlak voor het uitvoeren van grote complexe opdrachten.

Zoals op meer terreinen het geval is, blijkt thans in de bouwwereld ook een ontwikkeling gaande van grensoverschrijdende fusies en overnames. Deze ontwikkeling heeft gevolgen voor de (grensoverschrijdende) concurrentie. In plaats van een markt waar de nationale spelers worden geconfronteerd met buitenstaanders, waarbij die buitenstaanders vaak in een moeilijke positie verkeren, worden de nationale spelers nu steeds meer geconfronteerd met nationale spelers die gelieerd zijn aan een buitenlandse onderneming of daardoor zijn overgenomen. Dit kan voor buitenlandse ondernemingen een effectievere methode zijn om toegang te krijgen tot de desbetreffende markt. Nog los van de doorbreking van een eventueel bestaand (verboden) kartel, heeft deze methode het voordeel dat binnen het overgenomen bedrijf voldoende kennis en

²⁴⁷ Brief van 25 januari 2002 van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit aan de minister van Economische Zaken, nr. 02004475.B101, punt 2.6.

ervaring op die specifieke markt aanwezig is. Het aandeel van buitenlandse bedrijven in Nederland lijkt vooralsnog beperkt. De buitenlandse overname van HBG voor een korte periode was hierop een uitzondering. Andersom is duidelijk dat de grote Nederlandse bouwondernemingen in het buitenland zeer actief zijn op het gebied van overnames van buitenlandse bouwondernemingen.

4.4.2 *Gevolgen concentraties voor de mededinging*

Samenwerkingsverbanden, fusies en overnames kunnen ongewenste gevolgen hebben voor de mededinging op de relevante markt. Zij kunnen ertoe leiden dat een onderneming of groep van ondernemingen al dan niet tezamen met een ander bedrijf of groep van ondernemingen, een zodanige machtspositie op een (deel)markt verkrijgt, dan wel deze op een zodanige wijze vergroot, dat van een adequate marktwerking geen sprake meer is of deze op significante wijze wordt gehinderd en bijvoorbeeld het tussenstatelijk verkeer wordt belemmerd.

Zowel het Europese, als het nationale mededingingsrecht kennen in dit verband het zogenaamde concentratietoezicht, dat ertoe strekt dat (bepaalde) concentraties niet zonder voorafgaande toetsing door de toezichthouder tot stand mogen komen.

In het onderzoek naar de economische structuurkenmerken in de bouwnijverheid komt naar voren, dat de grote concerns in Nederland een groot aantal relaties hebben. Een deel van de concernrelaties betreft financiële maatschappijen (ruim 20%). Verder zijn veel installatiebedrijven en gespecialiseerde bedrijven, als onder meer heibedrijven en funderingsbedrijven, deel van deze concerns. Dat geldt ook voor bedrijven in bouwmaterialen (zand, grind, beton en asfalt), alsmede projectontwikkelingsbureaus en architecten. Het komt daarbij in verschillende sectoren, bijvoorbeeld asfalt, voor dat toeleverende bedrijven relaties hebben met verschillende grote bouwconcerns. Het gevolg van deze ontwikkeling kan zijn, dat de toegang tot de Nederlandse markt wordt bemoeilijkt voor buitenlandse concurrenten van deze bouwconcerns. Bijvoorbeeld indien betrokken bedrijven geen diensten of leveringen zouden verrichten aan deze buitenlandse concurrenten of anderszins aan opdrachten van bedrijven die aan het eigen concern gelieerd zijn, voorrang zouden geven. Ook de tijdige beschikbaarheid van materialen of diensten kan daarbij een rol spelen.

Het concentratietoezicht kan uitkomst bieden bij de vorming van dergelijke concerns. Daarbij moet wel worden bedacht dat voor het Europese en voor het Nederlandse concentratietoezicht geen inhoudelijke drempels gelden maar slechts omzetsdrempels: melding dient plaats te hebben indien de gezamenlijke omzet boven een bepaald bedrag komt én de afzonderlijke ondernemingen een omzet boven een bepaald bedrag hebben. Het kan daardoor voorkomen, dat het overnemen van een strategisch belangrijke onderneming, bijvoorbeeld een leverancier van bepaalde grondstoffen of een kleine zeer gespecialiseerde onderaannemer, door een grote bouwonderneming niet aan het concentratietoezicht is onderworpen.

Ook de verticale dimensie van een concentratie speelt bij de beoordeling van een concentratie een rol. Zo spitste het onderzoek van de Europese Commissie in de zaak Skanska/Scancem²⁴⁸ zich toe op de markten voor cement en beton en voor betonproducten, doordat de gecombineerde marktaandeelen op sommige markten zeer hoog waren. Deze concentratie had ook belangrijke verticale effecten, omdat beide partijen een zeer

²⁴⁸ Zaak nr. IV/1157. Zie ook XVIIIe jaarverslag over het mededingingsbeleid (1998), Luxemburg, 1999.

sterke positie bekleeden op de drie grote niveaus van de bouwnijverheid (grondstoffen, bouwmaterialen en de bouwwerkzaamheden zelf). De meeste concurrenten waren niet verticaal geïntegreerd, hetgeen het de concurrenten na de concentratie nog moeilijker zou maken daadwerkelijk concurrentie te voeren. Om te voorkomen dat een ontoelaatbare machtspositie zou ontstaan verbond Skanska zich er onder andere toe om de participatie van Scancem volledig van de hand te doen.

Daarnaast kan het leerstuk van misbruik van machtspositie (artikelen 82 EG en 24 Mw) uitkomst bieden. Dan dient echter wel te worden aange- toond, dat niet alleen sprake is van een machtspositie op de relevante markt, maar ook dat daarvan misbruik wordt gemaakt. Anders dan bij het kartelverbod geldt op dit punt immers een misbruikstelsel.

Verticale concentratie kan leiden tot een machtspositie die voor nieuw- komers een belemmering voor toetreding tot de markt tot gevolg kan hebben.²⁴⁹ Voorbeelden van misbruik van machtspositie zijn het weigeren of beëindigen van leveringen aan een concurrent van de onderneming of een dochter van die onderneming.²⁵⁰ Uit deze jurisprudentie kan worden afgeleid dat misbruik van een machtspositie kan ontstaan wanneer dochterondernemingen van grote bouwondernemingen die een sleutelpo- sitie hebben, bijvoorbeeld als leverancier van grondstoffen, de tot het concern behorende afnemers bevoordelen boven andere. Daarbij dient te worden opgemerkt, dat geen sprake is van misbruik indien in gevallen van tekorten de reguliere afnemers worden bevoordeeld ten opzichte van incidentele, mits dit op proportionele en non-discriminerende wijze geschiedt.²⁵¹

De mate waarin het leerstuk van misbruik van machtspositie aan de orde is hangt uiteraard allereerst af van de vraag of een machtspositie kan worden aangetoond op de relevante markt. Vervolgens hangt het af van de vraag of kan worden aangetoond dat van die machtspositie misbruik wordt gemaakt.

De NMa heeft de minister van Economische Zaken medegedeeld, dat de grootte van de individuele ondernemingen in de bouw de NMa geen grond heeft gegeven om op basis van de Mededingingswet op te treden. Maar dit betekent niet dat er geen zaken kunnen voorkomen waar wél grond is om op te treden op basis van het verbod op misbruik van een economische machtspositie, dan wel sprake kan zijn van overtreding van het kartelverbod, aldus de NMa.²⁵² De NMa onderkent blijkens deze brief wel, dat naast de marktaandelen van deze ondernemingen ook moet worden gekeken naar de ontwikkeling van de marktaandelen; en voorts naar de kracht van de concurrenten, de toetredingsdrempels, de ontwikke- lingsfase van de markt, de countervailing powers van afnemers. De NMa wijst in het bijzonder ook op het competitieve voordeel dat onderne- mingen kunnen hebben indien zij verticaal geïntegreerd zijn met onderne- mingen hoger of lager in de bedrijfskolom. Daarbij kan worden gedacht aan de productie van bouwmaterialen en projectontwikkeling en het in bezit hebben van bouwgrond. In het aangekondigde onderzoek zal blijkens de brief in het bijzonder aan deze aspecten aandacht worden geschonken.

In het eerder aangehaalde rapport Scan van de Nederlandse bouwsector wordt geconcludeerd dat het – gegeven de omvang van de grootste bouwondernemingen – onwaarschijnlijk is dat één van die onderne- mingen een (ongeoorloofde) machtspositie zou innemen.²⁵³ Gelet op het aantal ondernemingen wordt een collectieve machtspositie evenmin waarschijnlijk geacht. Omdat de grote bouwondernemingen in wisselende

²⁴⁹ Zie bijvoorbeeld zaken 27/76 United Brands, Jur. 1978, p. 207; 85/76 Hofmann – La Roche, Jur. 1979, p. 461.

²⁵⁰ Zaken 6/73, Commercial Solvents, Jur. 1974, p. 223; 311/84, en CTL, Jur. 1985, p. 3261.

²⁵¹ Zaak 77/77, BP, Jur. 1978, p. 1513.

²⁵² Brief van 25 januari 2002 van de directeur- generaal van de Nederlandse Mededingings- autoriteit aan de minister van Economische Zaken, nr. 02004475.B101, punt 2.7.

²⁵³ Op.cit., p. 31, 32.

combinaties met elkaar samenwerken en bij grote projecten wellicht wederzijds afhankelijk zijn, kan volgens het rapport een klimaat ontstaan waarin de concurrentie minder agressief is dan deze zonder samenwerking geweest zou zijn. Ook wordt stilgestaan bij verticale integratie en de risico's die daaraan verbonden zijn. Verticaal geïntegreerde bouwondernemingen die bijvoorbeeld ook actief zijn in de productie van grondstoffen, zouden die positie op de grondstoffenmarkt kunnen gebruiken om deelname aan een combinatie af te dwingen of om andere leden van een kartel te straffen met een boycot.

4.5 Handhaving en toezicht

4.5.1 Bevoegdheden NMa

Het instrumentarium van de NMa bij toezicht en handhaving van de Nederlandse mededingingsregels is grotendeels gebaseerd op het stelsel van de Algemene wet bestuursrecht. De bevoegdheden wijken in grote lijnen niet af van de bevoegdheden van de Europese Commissie in het kader van het Europese mededingingsrecht en de bevoegdheden in het kader van de Wet uitvoering EG-mededingingsverordeningen.²⁵⁴ Daarbij verdient opmerking dat nog niet met grote zekerheid valt vast te stellen of het beschikbare instrumentarium adequaat is, gelet op de omstandigheid dat de NMa nog relatief weinig sanctiebesluiten heeft genomen in de afgelopen periode en er nog weinig ervaring is opgedaan met de uitoefening van toezichts- en onderzoeksbevoegdheden.

4.5.2 Doorzoekingsrecht

In het kader van de Wet uitvoering EG-mededingingsverordeningen²⁵⁵ kan in geval van verzet tegen een verificatie door de rechter-commissaris worden gelast dat wordt overgegaan tot een doorzoeking van een plaats, gericht op voor de verificatie noodzakelijke zakelijke gegevens en bescheiden (artikel 5, eerste lid). Deze bevoegdheid gaat verder dan de bevoegdheden waarover de ambtenaren van de NMa beschikken in het kader van een onderzoek. Op grond van de Mededingingswet (Mw) kunnen zij zich weliswaar, zo nodig met behulp van de sterke arm, toegang verschaffen tot plaatsen, maar zij zijn niet bevoegd die plaatsen stelselmatig en gericht te doorzoeken, hetgeen in het kader van het doorzoekingsrecht wel mogelijk is. Zij dienen zich te beperken tot die plaatsen en dat meubilair waarvan zij vermoeden dat zich aldaar relevant materiaal bevindt. De (ruimere) doorzoekingsbevoegdheid strekt zich ook uit tot plaatsen waar zakelijke gegevens en bescheiden normaliter niet te vinden zijn. Volgens de memorie van toelichting bij de Wet uitvoering EG-mededingingsverordeningen zal de doorzoekingsbevoegdheid slechts in uitzonderlijke gevallen aan de orde zijn.²⁵⁶ De noodzaak tot het gebruik maken van deze bevoegdheid zal zich niet vaak voordoen. In de praktijk is van deze bevoegdheid nog in het geheel geen gebruik gemaakt.

Van de zijde van de NMa is in het kader van het door de Universiteit Leiden verricht juridisch deelonderzoek Evaluatie Mededingingswet aangegeven, dat op dit punt behoefte bestaat; deze bevoegdheid zou nodig zijn om de Mw effectief te kunnen handhaven.²⁵⁷ Vanuit advocatuur en bedrijfsleven is in dit kader tegen uitbreiding van toezichts- en onderzoeksbevoegdheden gepleit. De bestaande bevoegdheden zouden toereikend zijn, maar onvoldoende worden benut. De onderzoekers concluderen dat met het uitbreiden van de toezichts- en onderzoeksbevoegdheden zorgvuldig dient te worden omgegaan. Daarom verdient

²⁵⁴ Die wet regelt de uitvoering van verzoeken van de Commissie tot het verrichten van verificaties in het kader van het Europese mededingingsrecht en het verlenen van bijstand bij verificaties door ambtenaren van de Commissie. De wet voorziet in inzage van zakelijke gegevens en bescheiden, het maken van afschriften of uittreksels, het ter plaatse vragen van mondelinge inlichtingen, het betreden van alle plaatsen (behalve woningen tegen de wil van de bewoner), verzegeling, het recht van doorzoeking en het treffen van conservatoire maatregelen. Verificaties op grond van deze wet vinden slechts zelden plaats. Overigens gaat deze paragraaf alleen in op de bevoegdheden van de NMa, niet op die van de Commissie.

²⁵⁵ Stb. 1997, 129.

²⁵⁶ Kamerstukken II, 1995–1996, 24 617, nr. 3.

²⁵⁷ Zie hierover: Het juridisch deelonderzoek van het Eindrapport Evaluatie Mededingingswet, Universiteit Leiden, 2002, p. 84.

het volgens hen aanbeveling eerst de huidige onderzoeks- en toezichtsbevoegdheden maximaal te benutten.²⁵⁸ Opmerkelijk is dat in het syntheserapport Evaluatie Mededingingswet²⁵⁹ onder verwijzing naar het vorengenoemde deelonderzoek wordt geconcludeerd dat de bestaande onderzoeksbevoegdheden niet toereikend zijn en dat bezien zal moeten worden welke mogelijkheden bestaan om de NMa een doorzoekingsbevoegdheid te verlenen.

Verder moet worden opgemerkt dat empirische gegevens op dit punt vooralsnog ontbreken, zodat ook langs die weg de noodzaak van uitbreiding van toezichts- en onderzoeksbevoegdheden niet duidelijk wordt. Meer in het algemeen speelt hierbij een rol dat met het gebruik van de bestaande bevoegdheden nog weinig ervaring is opgedaan. Dit pleit ervoor om, overeenkomstig de suggestie van het juridisch deelonderzoek van de evaluatie Mededingingswet, eerst de bestaande mogelijkheden maximaal te benutten.

4.5.3 *Het binnentreden van woningen tegen de wil van de bewoner*

De Mw voorziet niet in de mogelijkheid om woningen tegen de wil van de bewoner binnen te treden. De Wet uitvoering EG-mededingingsverordeningen verbiedt uitdrukkelijk het binnentreden van woningen zonder toestemming van de bewoner (artikel 2, derde lid). In dit opzicht is er dus geen verschil. Ook het Europese mededingingsrecht voorziet niet in de mogelijkheid om woningen tegen de wil van de bewoner binnen te treden.²⁶⁰ Daarbij verdient evenwel vermelding, dat in het voorstel van de Europese Commissie tot vervanging van Verordening 17 een dergelijke bevoegdheid wel wordt voorgesteld.²⁶¹

Het binnentreden van woningen is een zeer zwaar middel waarbij de grondrechten van burgers in het geding zijn: met name privacybescherming en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Gewezen kan worden op artikel 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de mens en de fundamentele vrijheden,²⁶² op artikel 17 van het Internationale Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en op artikel 10 van de Grondwet. Meer specifiek bepaalt artikel 12 van de Grondwet dat het binnentreden in een woning tegen de wil van de bewoner alleen is geoorloofd in de gevallen bij of krachtens de wet bepaald, door hen die daartoe bij of krachtens de wet zijn aangewezen. Hieruit komt tevens naar voren dat (wettelijke) beperkingen mogelijk zijn. De eerdergenoemde bepalingen in internationale verdragen kennen eveneens de mogelijkheid het «huisrecht» te beperken. Op verschillende plaatsen in de Nederlandse wetgeving is dat ook gebeurd. Zo beschikken ambtenaren van de Belastingdienst bij belastingcontroles over de bevoegdheid om woningen tegen de wil van de bewoner binnen te treden.²⁶³ Indien zij van die bevoegdheid gebruik maken, dienen zij wel te voldoen aan de voorwaarden die de Algemene wet op het binnentreden stelt. Een en ander is dus met waarborgen omkleed.

De formulering «bij of krachtens de wet» brengt met zich dat voor het creëren van deze bevoegdheid een wettelijke grondslag aanwezig moet zijn. De bevoegdheid hoeft evenwel niet in de wet zelf te worden neergelegd, dit mag ook door middel van delegatie geschieden. De wet (in formele zin) dient daarvoor dan wel een grondslag te bieden.

Het is voorstelbaar dat in het mededingingstoezicht behoefte zou bestaan aan het binnentreden in woningen. Door zakelijke gegevens en bescheiden, zoals verslagen van vergaderingen waarbij prijsafspraken worden

²⁵⁸ T.a.p., p. 88.

²⁵⁹ Syntheserapport Evaluatie Mededingingswet, Berenschot, 2002, p. 49.

²⁶⁰ Artikel 14 van Verordening 17 (PbEG 1962 L 13).

²⁶¹ COM(2000) 583 (PbEG C 365).

²⁶² Dit artikel is ook van toepassing op ondernemingen: EHRM 16 april 2002 (Stés Colas Est e.a. – Frankrijk).

²⁶³ Artikel 50 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen.

gemaakt, niet in de bedrijfsgebouwen te bewaren maar in een woning, kunnen deze immers worden onttrokken aan toezicht en onderzoek. Van de zijde van de NMa is in het kader van het eerder genoemde juridisch deelonderzoek inzake de evaluatie van de Mededingingswet aangegeven dat op dit punt behoefte bestaat aan uitbreiding van de bevoegdheden.²⁶⁴ Dit omdat het regelmatig voorkomt dat mogelijk bewijsmateriaal naar privé-woningen wordt overgebracht, zo stelt de NMa. Maar vanuit de advocatuur en het bedrijfsleven is hetzelfde bezwaar tegengeworpen: bestaande bevoegdheden worden onvoldoende benut. De onderzoekers concluderen dat met het uitbreiden van de toezichts- en onderzoeksbevoegdheden zorgvuldig dient te worden omgegaan. Daarom verdient het volgens hen aanbeveling eerst de huidige onderzoeks- en toezichtsbevoegdheden maximaal te benutten.²⁶⁵ Ook op dit punt concludeert het syntheserapport Evaluatie Mededingingswet²⁶⁶ onder verwijzing naar het vorengenoemde deelonderzoek, dat de bestaande onderzoeksbevoegdheden niet toereikend zijn en dat bezien zal moeten worden welke mogelijkheden bestaan om de NMa een recht tot het binnentreden van woningen buiten de wil van de bewoner te verlenen. Ook wat betreft dit punt ontbreken empirische gegevens, zodat ook langs die weg de noodzaak van uitbreiding van toezichts- en onderzoeksbevoegdheden niet duidelijk wordt. Gelet op het ingrijpende karakter van de bevoegdheid om tegen de wil van de bewoner een woning binnen te treden, zou over de noodzaak tot het invoeren van een dergelijke bevoegdheid eerst nadere duidelijkheid moeten ontstaan.

4.5.4 *Het verzekeren van de naleving*

Er is voorzien in verschillende instrumenten om de naleving van de toezichts- en onderzoeksbevoegdheden te verzekeren. Artikel 5:15, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht geeft bij de bevoegdheid plaatsen te betreden de mogelijkheid zich zo nodig de toegang te verschaffen met behulp van de sterke arm. In het kader van een onderzoek bestaat bovendien de bevoegdheid om de bevoegdheden van artikel 5:17 van de Algemene wet bestuursrecht met behulp van de sterke arm af te dwingen; het betreft inzage-recht, het maken van kopieën en het recht om gegevens en bescheiden mee te nemen indien het maken van kopieën niet ter plaatse kan geschieden. Deze bevoegdheden geven de mogelijkheid om zich binnen bedrijfsgebouwen toegang te verschaffen om zodoende relevante zakelijke gegevens en bescheiden te verzamelen.

Indien niet aan de medewerkingsplicht in het kader van het toezicht of het onderzoek wordt voldaan, kan de DG NMa een bestuurlijke boete van ten hoogste € 4 500 opleggen.²⁶⁷ De boete wordt niet opgelegd indien de belanghebbende aannemelijk maakt dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt.²⁶⁸ Bij zaken met een groot economisch belang kan zich de situatie voordoen dat de hoogte van de boete niet in verhouding staat tot het belang dat is gemoeid met het niet voldoen aan de medewerkingsverplichting. Om dit te ondervangen is voorzien in een aanvullende bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom. Het kan zijn dat niet voldoen aan de medewerkingsplicht tevens een weigering inhoudt om medewerking te verlenen aan de plicht om inzage te verstrekken in zakelijke gegevens en bescheiden. In dat geval kan de DG NMa tevens een last onder dwangsom opleggen om inzage te verlenen in de in die last aangegeven zakelijke gegevens en bescheiden.²⁶⁹ De DG NMa is daarbij niet gebonden aan een wettelijk maximum. De boete en de last onder dwangsom kunnen tegelijkertijd, tezamen, worden opgelegd.²⁷⁰

²⁶⁴ Zie hierover: Het juridisch deelonderzoek van het Eindrapport Evaluatie Mededingingswet, Rijksuniversiteit Leiden, p. 84.

²⁶⁵ A.w., p. 88.

²⁶⁶ Syntheserapport Evaluatie Mededingingswet, Berenschot, p. 49.

²⁶⁷ Artikel 69, eerste lid, Mw. De hoogte van het bedrag sluit aan bij de maximale straf die op grond van artikel 184 Sr ten aanzien van rechtspersonen kan worden opgelegd.

²⁶⁸ Deze beperking vloeit voort uit Salabiaku-arrest van het EHRM (EHRM 7 oktober 1988, NJ 1991, 351).

²⁶⁹ Artikel 70, eerste lid, Mw.

²⁷⁰ Artikel 70, tweede lid, Mw.

De last onder dwangsom is geen sanctie, maar een maatregel. Deze dwangsombevoegdheid sluit aan bij de dwangsombevoegdheid waarover de Europese Commissie in het kader van het Europese mededingingsrecht beschikt om inlichtingen te verkrijgen of een verificatie af te dwingen, en die in dat kader effectief blijkt.²⁷¹ Bij de last onder dwangsom is weliswaar het uitgangspunt dat bezwaar en beroep schorsende werking hebben, maar de DG NMa kan in de beschikking bepalen dat de beschikking onmiddellijke werking heeft.²⁷² Het ligt bij het opleggen van een last onder dwangsom in verband met de medewerkingsplicht voor de hand dat de DG NMa van deze mogelijkheid gebruik maakt. Er is weliswaar jurisprudentie van de President van de Rechtbank Rotterdam, die erop neerkomt dat bij het al dan niet schorsende werking verlenen aan bezwaar en beroep moet worden bezien of het redelijkerwijs te verwachten nadeel voor degene ten behoeve van wie de last onder dwangsom is opgelegd, ernstig en substantieel groter is dan het nadeel voor degene aan wie de last onder dwangsom is opgelegd.²⁷³ Deze jurisprudentielijn, die betrekking heeft op artikel 63 (last onder dwangsom bij overtredingen) is niet bruikbaar voor de last onder dwangsom in verband met de medewerkingsplicht, waarbij immers geen derdebelanghebbenden betrokken zijn, zodat ook bedoelde afweging niet aan de orde is. De conclusie in het eerdergenoemde syntheserapport dat uit de jurisprudentie volgt dat de NMa van de bevoegdheid betreffende de schorsende werking zeer terughoudend gebruik dient te maken, lijkt in ieder geval wat betreft de last onder dwangsom om de medewerkingsplicht af te dwingen niet te kunnen worden gerechtvaardigd.

Tot slot kan worden gewezen op artikel 184 van het Wetboek van Strafrecht. Dat stelt onder andere als misdrijf strafbaar het opzettelijk niet voldoen aan een bevel of een vordering, krachtens wettelijk voorschrift gedaan door een ambtenaar met de uitoefening van enig toezicht belast. Dit artikel is echter uitgesloten voor de overtredingen ter zake waarvan de DG NMa de hiervoor bedoelde bestuurlijke boete kan opleggen.²⁷⁴ Gelet op het voorgaande lijkt niet te kunnen worden gesteld dat het in het kader van de Mededingingswet beschikbare instrumentarium onvoldoende is om medewerking af te dwingen. Dit laat uiteraard onverlet dat een tekort aan personele capaciteit van de NMa een knelpunt in haar taakuitoefening kan vormen. Maar dat is geen kwestie van wetgeving.

²⁷¹ Artikel 16 van Verordening 17; hier geldt overigens wel een van geval tot geval te bepalen maximum. Zie ook: Whish, R.; Competition Law, Butterworths, 2001, p. 229.

²⁷² Artikel 79 Mw.

²⁷³ President Rechtbank Rotterdam 22 juni 2000, nr.: VMEDED 00/0903-SIMO VMEDED 00/1187-SIMO, Juridisch deelonderzoek van het Eindrapport Evaluatie Mededingingswet, Rijksuniversiteit Leiden, p. 87.

²⁷⁴ Artikel 69, derde lid, Mw.

5 CONTRACTVORMEN: DE TRANSACTIEDIMENSIE

5.1 Inleiding: een tour d'horizon

In de vorige hoofdstukken hebben de verticale en horizontale dimensie van de bouwmarkt van overheidsopdrachten centraal gestaan: de aanbesteding van de opdrachtgever en de mededinging tussen aanbieders. Beide dimensies treffen elkaar uiteindelijk in een transactie tussen aanbesteder en aannemer: het totstandkomen van een contract. Aan de verschillende vormen van bouwcontracten is dit hoofdstuk gewijd.

Vier hoofdvormen kunnen worden onderscheiden:

- het bouwcontractenrecht is lange tijd beheerst door een model, het zogenaamde *klassieke of traditionele model*. Twee elementen zijn kenmerkend voor dit model: ontwerp en uitvoering zijn gescheiden en de opdrachtgever bemoeit zich intensief met de uitvoering. De opdrachtgever voorziet de aannemer van een uit te voeren ontwerp en houdt vervolgens op de uitvoering intensief toezicht (directievoering). Dit model is juridisch vorm gegeven in de Uniforme Administratieve Voorwaarden, de UAV 1989, die oorspronkelijk dateren van 1968;²⁷⁵
- na de Tweede Wereldoorlog ontstond de behoefte om van de uitvoeringskennis van de aannemer al in de ontwerpfase gebruik te maken.²⁷⁶ Deze behoefte is vormgegeven in het *bouwteammodel*. Dit model mag zich verheugen in behoorlijke belangstelling getuige het feit dat een van de Nederlandse aannemersorganisaties, de Vereniging Grootbedrijf Bouwnijverheid (thans onderdeel van BouwNed) er een standaard voor heeft ontwikkeld, het VGBouw-model Bouwteamovereenkomst 1992. Tevens wijdde de huidige hoogleraar M. A. M. C. van den Berg zijn dissertatie, *Samenwerkingsvormen in de bouw* (1990), aan dit model. Reeds nu zij er op gewezen dat in beginsel ook bij een bouwteam model ontwerp en uitvoering in die zin nog gescheiden zijn, dat de uitvoering door een aannemer plaatsvindt en niet door degene die verantwoordelijk is voor ontwerp en uitvoering; het uitvoeringscontract is in beginsel dan ook een traditioneel (UAV) contract;
- het derde model dat aan de orde komt is het *geïntegreerde contract*, ook wel bekend onder de namen *design and construct* of *turnkey*-contract.²⁷⁷ Kenmerkend voor dit contractmodel is dat ontwerp en uitvoering in een hand zijn en dat de bemoeienis van de opdrachtgever met de uitvoering verminderd wordt en een ander karakter krijgt. Sinds juni 2000 kent Nederland een standaard contract voor dit model: de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor Geïntegreerde Contracten, de UAV-GC 2000. De redenen die ten grondslag lagen aan de opkomst van dit model zijn onder andere de veronderstelling dat aannemers over voldoende, zo niet meer, creativiteit beschikken dan opdrachtgevers om met innovatieve oplossingen te komen om de bouwvraag vorm te geven. Dat geldt niet alleen de uitvoering maar eveneens het ontwerp. De door hen aan te dragen oplossingen zouden wel eens economischer kunnen zijn. Daarnaast is geconstateerd dat opdrachtgevers zich meer met hun «core business» wilden bezig houden. Ook om organisatorische redenen zouden zij belang hebben bij de ontwikkeling van een ander model.
- de vierde vorm die besproken zal worden is het *alliantiemodel*. Dit model wijkt van de andere vormen af doordat opdrachtgever en opdrachtnemer gezamenlijk een onderneming in het leven roepen (de alliantie) waarin zij beide op voet van gelijkwaardigheid deelnemen en

²⁷⁵ Het model als zodanig dateert uit de 19e eeuw.

²⁷⁶ Zie Duhoux, K.H., *Rechtsverhouding tussen de deelnemers aan het bouwproces*, BR 1970, p. 183 e.v. en van dezelfde, *Werken met bouwteams*, p. 11 e.v.

²⁷⁷ Het verschil tussen design and construct en turnkey is niet principieel van aard. Het verschil wordt gevormd door de mate van bemoeienis van de opdrachtgever met de werkzaamheden. In het eerste model is dat meer dan in het tweede model.

waarin zij beide risico en voordelen delen op basis van een bepaalde verdeelsleutel.

Deze vier genoemde modellen komen in dit hoofdstuk aan de orde, maar niet in extenso. Waar het in het kader van de Parlementaire Enquête vooral om gaat, is met name het verkrijgen van inzicht in de risicoverdeling tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. De risicoverdeling heeft consequenties voor de prijs van een werk. Immers: naarmate de opdrachtgever meer risico's bij de aannemer legt, zal deze daar een prijs voor berekenen. Omgekeerd geldt: indien risico's bij de opdrachtgever blijven, dan ligt de kans dat het risico zich niet verwezenlijkt bij de opdrachtgever; deze heeft het voordeel dat er alsdan geen kosten mee gemoeid zijn. De precieze invloed van de risicoverdeling op de uiteindelijke prijs kan door de jurist niet berekend worden. De risico's kunnen alleen worden benoemd en in bijvoorbeeld een standaard overeenkomst worden verdeeld. Wel blijkt dat in de nieuwe modellen de aannemer een groter belang bij de risico's krijgt. In deze modellen krijgt de aannemer niet alleen de uitvoering opgedragen, maar ook het ontwerp en soms zelfs ook een deel van de periode van het beheer van het werk na oplevering. Zou hij fouten hebben gemaakt in het ontwerp of in de uitvoering, dan is de aannemer degene die met die gevolgen wordt geconfronteerd.

De genoemde modellen zullen in vogelvlucht worden onderzocht²⁷⁸ aan de hand van de volgende onderwerpen, waarvan de keuze is ingegeven door de behoefte bij de Parlementaire Enquêtecommissie om inzicht te hebben in de grote lijn van het bouwcontractenrecht: de verantwoordelijkheid voor het ontwerp (inclusief de problematiek van de bodemgesteldheid); het toezicht; de uitvoering; de mogelijkheid om wijzigingen op te dragen; meerwerk; en de aansprakelijkheid na oplevering.

In het voorgaande is uitgegaan van een ordening van de voorkomende bouwcontracten op basis van de te leveren prestatie. Contracten zijn ook nog op een andere wijze te ordenen namelijk langs de weg van de honorering van de aannemer. Verschillende mogelijkheden dienen zich aan: een vaste prijs, een kosten plus winst contract. Aan deze indeling wordt aandacht besteed in paragraaf 5.3.

De invloed op het Nederlandse privaatrechtelijke bouwrecht vanuit de Anglo-Amerikaanse wereld is groot en dat blijkt ook uit de aandacht die is gevraagd om in te gaan op de figuur van de quantity surveyor. De quantity surveyor oefent een bepaalde vorm van toezicht uit en nu het toezicht in Nederland aan verandering onderhevig is, gegeven de nieuwe contractvormen, kan wellicht geleerd worden van deze figuur. In een aparte paragraaf Toezicht zal daarom een overzicht gegeven worden van de klassieke directievoering, de nieuwe vorm van toezicht middels kwaliteitsborging en de Engelse figuur van de quantity surveyor.

Alvorens een overzicht van de modellen en een (beperkte) bespreking van de praktijk gegeven wordt, is het goed enig inzicht te hebben in de theoretische gedachtevorming rond risicoverdeling in abstracto. Paragraaf 2 van dit hoofdstuk is daaraan gewijd. De slotparagraaf bevat een overzicht van de besproken risico's per contractmodel in een tabel. Een laatste opmerking vooraf: de bespreking is gebaseerd op de contractmodellen, zoals die in het autonome bouwrecht, onafhankelijk van de wetgever zijn ontwikkeld. De wetgever van 1838 heeft zich maar heel summier met het bouwrecht beziggehouden en ook de nieuwe wetgever van de nog steeds niet ingevoerde titel aanneming van werk (titel 7.12

²⁷⁸ Waar dat mogelijk is. Bij het bouwteam bijvoorbeeld wordt voor de feitelijke werkzaamheden gebruik gemaakt van de gebruikelijke ontwerp- en uitvoeringscontracten; deze komen aan de orde in de paragraaf over het traditionele model.

BW), heeft de regeling kort gehouden. De praktijk voorziet reeds heel lang in eigen contractmodellen, die al dan niet in breed overleg tussen opdrachtgevers en opdrachtnemers tot stand zijn gekomen. Dit betekent dat de relevantie van de wet, die bovendien overwegend uit regelend recht bestaat, voor het bouwrecht van minder belang is dan het autonome bouwrecht. Om inzicht in de praktijk te krijgen is kennisneming van het autonome bouwrecht dan ook belangrijker dan kennisneming van de bouwwetgeving zoals die in het burgerlijk wetboek is gecodificeerd.

5.2 Beginselen van contractuele risicoverdeling

5.2.1 Inleiding

Een contract heeft verschillende functies. Naast een titel voor verschuiving van vermogensrechten, is het contract tevens een set van afspraken omtrent risico's die zich kunnen voordoen gedurende de looptijd van de overeenkomst. In deze paragraaf komt in het kort aan de orde welke beginselen ten grondslag geacht worden te liggen aan contractuele risicoverdelingen. Daarmee wordt de verdeling die in contracten daadwerkelijk voorkomt ten dele verklaard²⁷⁹. Het denken over de beginselen die ten grondslag liggen (of zouden moeten liggen) aan de risicoverdeling is vooral in de VS gestart en is vandaar overgewaaid naar onder andere Nederland.

Voor een overzicht van te onderscheiden risico's en de mogelijke toedeling daarvan zij verwezen naar bijlage 2 bij deze studie.

5.2.2 Beginselen²⁸⁰

In 1979 organiseerde de Amerikaanse Vereniging van Civiel Ingenieurs een congres over het thema «risico's en aansprakelijkheidsdeling». Unaniem is tijdens de discussie en in de papers het volgende geconcludeerd: «*a. Risks belong with the parties who are best able to evaluate, control, bear the costs, and benefit from their assumptions. b. Many risks and liabilities are best shared. c. Every risk has an associated and unavoidable cost which must be assumed somewhere in the process.*» Vervolgens is door het Amerikaanse Construction Industry Institute gesteld dat het ideale contract – ideaal in de zin van meest kostenefficiënt – ieder risico toedeelt aan de partij die het beste is uitgerust om het risico te hanteren en te verkleinen, daarbij oog houdend voor de uniciteit van ieder project. Twee wegen kunnen bij de toedeling van het risico worden bewandeld worden, aldus nog steeds het genoemde Institute: toedelen aan de partij die het risico tegen de geringste kosten kan beheersen (least-cost risk bearer) óf toedelen aan de partij die het risico het best kan beheersen (able to control). Met deze formuleringen zijn de kaders gegeven voor de latere gedachtevormingen over dit onderwerp.

In de bouwrechtelijke literatuur heeft de Australiër Abrahamson groot gezag verkregen met de publicatie in 1984 van Risk Management. In een artikel in de International Construction Law Review van hetzelfde jaar heeft Abrahamson de kern van zijn betoog als volgt verwoord: «*A party should bear a construction risk where: a. It is in his control, i.e. if it comes about it will be due to willful misconduct or lack of reasonable efficiency or care; or b. He can transfer the risk by insurance and allow for the premium in settling his charges to the other party (...) and it is most economically beneficial and practicable for the risk to be dealt with in that way; or c. The preponderant economic benefit of running the risk accrues to him; or d. To place the risk on him is in the interest of efficiency (which*

²⁷⁹ Een risicoverdeling wordt daarnaast ook bepaald door de economische verhoudingen tussen partijen.

²⁸⁰ Zie: Chao-Duivis, M. A. B. en A. Z. R. Koning, Veranderende rollen. Een inleiding in nieuwe contractvormen in het bouwrecht. Stichting Instituut voor het Bouwrecht, Deventer, Kluwer, 2001, p. 26 e.v.

includes planning, incentive, innovation) and the long term health of the construction industry on which that depends; or e. If the risk eventuates, the loss falls on him in the first instance, and it is not practicable or there is no reason under the above four principles to cause expense and uncertainty, and possibly make mistakes in trying the loss to another.»

Verder verscheen in 1995 een publicatie van J. D. Pirie²⁸¹ gewijd aan de risico's bij infrastructurele werken. Zijn betoog komt samengevat neer op het volgende: er moet een vroege identificatie van de risico's van een project plaatsvinden, gevolgd door een redelijk onderhandelingsproces op grond waarvan redelijke toedeling van risico's tot stand komt. De private sector, aldus deze schrijver, dient een groter risico te nemen dan bij andersoortige projecten. De publieke sector moet zich ervan onthouden om een «zero risk posture» aan te nemen, want dat leidt niet tot goede prijsvorming en het ontmoedigt het meedenken en de mogelijkheden tot privatisering. Sommige risico's zoals veranderingen in wetgeving, oorlog, «acts of God», milieu of juridische maatregelen alsmede het risico van het instorten van de financiële markten, worden niet geaccepteerd door de kapitaalmarkt. Zij kunnen alleen worden gedragen door de publieke sector. Een mogelijk voordeel van inachtneming van deze risicoverdeling is dat de kans op tijdige oplevering, tegen een redelijke prijs en overeenkomstig de verwachtingen, vergroot wordt. Onzekerheden zullen verminderen, prijzen concurrerender en de maar al te vaak in de Anglo-Amerikaanse wereld gevoelde behoefte om na oplevering te gaan procederen zal afnemen. Publicaties over risicomangement en verdeling van risico's verschijnen nog steeds²⁸²; beheersbaarheid van risico's is het hoofdthema.²⁸³

Nederlandse literatuur

In Nederland is het onderwerp ook in de literatuur aan de orde geweest.²⁸⁴ In zijn Delftse dissertatie heeft H. A. J. de Ridder het onderwerp besproken.²⁸⁵ Voorts publiceerde L. de Boer een artikel met de titel: *Vuistregels bij de risico(toe)deling bij design&construct/turnkey*,²⁸⁶ en schreef B. van den Berg erover in *Juridische aspecten van ondergronds bouwen*.²⁸⁷

De Nederlandse schrijvers komen tot dezelfde inzichten als de buitenlandse. Zo schrijft De Ridder: *«For an optimal D&C process, the risk should be carried by the party best able to either control the risk or estimate the risk. In that way, «perception risks» are carried by the Client who controls the risks with goal adjustments. The «process risks» are carried by the Contractor who controls the risks with the productivity of his D&C process. The importance of the proposed control systems is the possibility of goal adjustment.»*²⁸⁸ En iets verder schrijft hij dat de voorwaarden voor dit beginsel zijn: het doel moet aan het begin van de overeenkomst gekwantificeerd zijn; de daadwerkelijk verlangde prestatie van de oplossing kan gemeten worden in relatie tot de oorspronkelijk verlangde prestatie; de daadwerkelijke prestatie kan aangepast worden; de extra moeite die daarmee gepaard gaat, is bepaalbaar en zal vergoed worden. De schrijver concludeert vervolgens dat beide partijen voordeel hebben indien het risico-verdelingsbeginsel juist wordt toegepast.²⁸⁹

De vuistregels van De Boer zijn de volgende:

1. *Risico moet worden gelegd bij de partij die het best in staat is het risico te beheersen en te beperken (risk control);*
2. *een risico dat door meer partijen wordt of kan worden beheerst, moet in enige verhouding worden gedeeld (risk sharing);*
3. *risico moet worden gelegd bij of worden overgedragen aan de partij*

²⁸¹ Contractual problems connected with major infrastructure projects, ICLR 1995, p. 213 e.v.

²⁸² Zie bijvoorbeeld Uff, J. en E. Ryan, *The economic realities of construction*; opgenomen in, J. Uff and A.M. Odams de Zylva, *New horizons in construction law*, 1998, p. 119 e.v.

²⁸³ Slechts een enkeling komt met een alternatieve wijze van hoe om te gaan met risico's in contracten. Zie Chao-Duivis, M. A. B., *Veranderende rollen*, op.cit., p. 28, 29.

²⁸⁴ Zie voor een uitgebreidere uiteenzetting, Chao-Duivis, *Veranderende rollen* p. 26 e.v. en voor de risico's in het kader van een Build Operate Transfer (BOT) situatie: op.cit., p. 315 e.v., p. 333 e.v.

²⁸⁵ De Ridder, H.A.J., *Design & construct of complex civil engineers systems*, 1994.

²⁸⁶ In *Vastgoedrecht*, 1997, p. 128 e.v.

²⁸⁷ Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht, 1997, p. 178 e.v.

²⁸⁸ De Ridder, op.cit., p. 325.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 331.

die dat risico tegen de laagste kosten kan dragen (least cost risk bearer);

4. *een niet (goed) te bepalen, te beheersen risico moet worden gelegd bij de partij die dit risico initieert (buitengewoon risico).*
5. *Ten slotte is nog te noemen dat elk risico een daarmee samenhangende en onvermijdelijke kostprijs heeft, die hoe dan ook op het werk of op het project drukt en derhalve gedragen zal moeten worden.*²⁹⁰

De Boer wijst erop dat partijen ernaar neigen risico's bij de ander neer te leggen, zonder oog te hebben voor een adequate toedeling. Onvoldoende, aldus De Boer, zien zij het verdelen van risico's als een sturingsmechanisme.

Van den Berg schreef een preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht toen de zogenaamde RISMAN-methodiek op papier was gezet. Deze methodiek betekent een belangrijke stap vooruit met het in de praktijk brengen van de genoemde beginselen. Bij de RISMAN-methode worden primaire processen (voortraject, ontwerp, voorbereiding, aanbesteding, bouw, beheer en ontmanteling) stapsgewijs geanalyseerd vanuit verschillende invalshoeken en worden de risico's geïnventariseerd. Tot wat voor maatregelen leidt dit vervolgens? Het mogelijk toedelen in de overeenkomst van een risico aan de opdrachtgever dan wel de uitvoerende partij; het wegnemen van de oorzaken (preventief) of van de gevolgen van risico's (correctief); en het reserveren van een budgetpost onvoorzien. Op basis van de gedachte dat risico's gedragen dienen te worden door de partij die ze het best beheerst, komt Van den Berg²⁹¹ tot het volgende voorstel:

«De opdrachtgever is in staat het best te beheersen en dient daardoor de verantwoordelijkheid te dragen voor: a) de compleetheid, inhoud en de juistheid van de door hem verstrekte gegevens, specificaties en uitgangspunten (de inputrisico's); b) het project in relatie tot de (bestuurlijke) omgeving; c) interfaces tussen het project en aansluitende projecten. De uitvoerende partij is in staat het best te beheersen en dient daardoor de verantwoordelijkheid te dragen voor: (binnen de randvoorwaarden van onder a, b en c) het door hem uitgewerkte ontwerp, de door hem uitgekozen uitvoeringsmethode, de door hem geleverde inbreng: arbeid, bouwstoffen, inzet van materiaal alsmede de bijdragen van de onderaannemers en het resultaat van de uitvoering (procesrisico's).»

5.2.3 Conclusie

De algemene conclusie die uit al deze publicaties getrokken kan worden, is dat het niet verstandig is risico's ongemotiveerd toe te delen of te verschuiven naar de andere partij. Niet alleen kan dit kostenverhogend werken, terwijl onzeker is of het risico zich verwezenlijkt, bij het uitblijven van het risico heeft men dan betaald voor «niets», maar vooral: beheersing van het risico dient uitgangspunt te zijn.²⁹² Voor een overzicht alsmede een voorstel van een verdeling van risico's zij verwezen naar bijlage 2. Beheersbaarheid van het risico moet de rode draad zijn. De risico's moeten zoveel mogelijk vooraf aan de feitelijke bouw in kaart worden gebracht en idealiter ook zoveel mogelijk vooraf aan de gunning. Alleen dan kan een realistische prijs afgegeven worden. Het huidige aanbestedingsrecht werpt daartoe wel moeilijkheden op, maar in de literatuur zijn al verschillende oplossingen voorgesteld. Dit aanbestedingsrechtelijke punt gaat dit hoofdstuk echter te buiten.

²⁹⁰ De Boer, op.cit., p. 129.

²⁹¹ Van den Berg, op.cit., p. 184.

²⁹² Dit denken is inmiddels ook in de dagelijkse praktijk van de bouw doorgedrongen getuige de publicatie Inleiding tot het proces van risicoverdeling in contracten, uitgegeven door het Kenniscentrum RISMAN, welke organisatie gelieerd is aan het CUR.

5.3 Indeling van bouwcontracten op basis van de te betalen prijs

5.3.1 Algemeen

Contractvormen worden in de literatuur in het algemeen op twee manieren geordend: op grond van de te leveren prestatie of op grond van de wijze waarop de uitvoerder wordt betaald. De tweede ordening komt thans aan de orde. Het gaat hier om grofweg twee typen, enerzijds de contracten met een betaling in een vaste prijs (lump sum, ook wel genoemd: (firm) fixed price contract²⁹³ en contracten waarbij de uiteindelijke prijs afhankelijk is van de gemaakte kosten (regie) met daarbij een vergoeding voor de winst.

5.3.2 Contracten met een vaste prijs

De groep contracten met een vaste prijs is ook weer onder te verdelen. De onderverdeling valt uiteen in contracten, waarbij sprake is van een onwrikbare vaste prijs, ook wel genoemd «the firm fixed price contract». Daarnaast zijn er contracten waarbij sprake is van een vaste prijs in combinatie met voorzieningen in het contract om voor bepaalde risico's tot een verrekening te komen.

Een contract met een onwrikbare vaste prijs («firm fixed price») betekent dat voorafgaande aan het werk een vaste prijs wordt afgesproken. Die prijs kan niet worden aangepast al naar gelang bepaalde omstandigheden zich voordoen. Dit contracttype heeft het voordeel van de eenvoud, de opdrachtgever weet op voorhand precies waar hij aan toe is wat betreft hetgeen hij aan de aannemer moet betalen aan het eind van de rit.²⁹⁴ Voor de aannemer bevat dit model het grote risico dat hij bij het afgeven van de prijs niet voldoende heeft kunnen inschatten alles juist geprijsd te hebben. Het vereist welhaast dat hij in de toekomst kan kijken. Zeker bij complexe projecten die een lange looptijd hebben, zal dit zeer moeilijk zijn. De enige grond in dit type om nog tot een extra betaling te komen, doet zich voor indien de opdrachtgever om meerwerk vraagt. Meerwerk maakt immers geen deel uit van het werk waarvoor de oorspronkelijke prijs is afgegeven. Van Wijngaarden wijst erop dat de situatie dat de opdrachtgever alleen de aannemingsom, die bij het aangaan van de overeenkomst is overeengekomen, hoeft te betalen en dat hij noch de aannemer terzake van de overeenkomst iets aan elkaar verschuldigd zouden zijn, zich vrijwel nimmer zal voordoen.²⁹⁵ Dit model impliceert sterke prikkels voor de aannemer om de kosten te beheersen en het werk efficiënt uit te voeren. Het brengt bovendien verhoudingsgewijs weinig administratieve lasten met zich.

Wanneer zou een dergelijk contract gebruikt kunnen worden? Arrowsmith, Linarelli en Wallace halen de Amerikaanse Federal Acquisition Regulation 16 103 (b) aan en het is de moeite waard het citaat te weer te geven: «A firm-fixed-price contract, which best utilises the basic profit motive of business enterprise, shall be used when the risk involved is minimal or can be predicted with an acceptable degree of certainty. However, when a reasonable basis for firm pricing does not exist, other contracts should be considered, and negotiations should be directed toward selecting a contract type (or combination of types) that will appropriately tie profit to contractor performance.»²⁹⁶ Ook de Wereldbank heeft zich over dit model uitgelaten en stelt voor het model te gebruiken is voor eenvoudige ruimtelijke en haalbaarheidsstudies, milieu-onderzoeken, gedetailleerde ontwerpwerkzaamheden van standaard of gewone constructies, voorbereiding van «data processing systems» en dergelijke. Omdat de

²⁹³ Zie Arrowsmith, S.L. en J. Linarelli, D. Wallace Jr., *Regulating Public Procurement, National and International Perspectives*, p. 371 e.v.

²⁹⁴ Of hij ook daadwerkelijk de prestatie krijgt die daarbij is afgesproken, is daarmee nog niet zeker. Denkbaar is dat, geconfronteerd met financiële tegenvallers waarvoor geen aanpassing mogelijk is, gezocht wordt naar mogelijkheden dit risico af te dekken door middel van de te leveren prestatie.

²⁹⁵ Van Wijngaarden, M.A., *Handleiding tot de UAV, serie Bouwrecht Monografieën*, 1974, p. 195.

²⁹⁶ Arrowsmith, Linarelli, Wallace, op.cit., p. 372.

betalingen verbonden worden aan gespecificeerde prestaties («outputs»), is dit type contract ook in de visie van de Wereldbank administratief gemakkelijk.²⁹⁷

5.3.3 Vaste prijs met aanpassingsmogelijkheden

Een variant op de onwrikbare vaste prijs is het contract, waarbij de aannemer wel op voorhand een prijs afgeeft, maar waarbij het contract mogelijkheden open laat voor aanpassing aan verschillende risico's en andere situaties. Hoewel getwijfeld zou kunnen worden aan de houdbaarheid van de term vaste ofwel gefixeerde prijs in dit geval, wordt ten onzent en in het buitenland toch in deze termen gesproken.²⁹⁸ Dit model is in Nederland het meest gebruikelijk.^{299, 300} In de UAV 1989 is dit model gecodificeerd. In paragraaf 40, lid 1, ligt de kern van deze honoreringswijze vast: «Het ingevolge de overeenkomst aan de aannemer toegekende bedrag is het saldo, gevormd door de aannemingsom verhoogd onderscheidenlijk verlaagd met hetgeen overigens aan of door hem ter zake van de overeenkomst verschuldigd is.» De UAV-GC 2000 kent dezelfde regeling in paragraaf 3, lid 9.³⁰¹

Waarom moet gedacht worden bij de zinsnede «hetgeen overigens aan of door hem ... verschuldigd is»? Om te beginnen betreft het de vergoedingen voor meerwerk. Verder zijn te noemen: wijzigingen (behalve natuurlijk wanneer deze voor rekening van de aannemer komen, omdat de noodzaak ertoe bijvoorbeeld aan hem is toe te rekenen); loonaanpassingen kunnen voor rekening van de opdrachtgever worden gebracht. Voorts denke men aan omstandigheden die maken dat meer van de aannemer wordt verlangd dan redelijkerwijs van hem kan worden gevegd. Bijvoorbeeld in verband wet- en regelgeving die opkomt nadat de overeenkomst tot stand is gekomen terwijl de aannemer ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst dit niet had kunnen voorzien. Ook valt te denken aan het moeten werken met andere aannemers, waardoor afstemmingsproblemen ontstaan. De voorlopige ingebruikneming door de opdrachtgever en door deze verstrekte onjuiste gegevens kunnen de aannemer eveneens recht op bijbetaling geven. Voorts kan schade aan het werk voor rekening van de opdrachtgever komen. Tot slot van deze niet-limitatieve opsomming moet uiteraard gedacht worden aan het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (kostenverhogende omstandigheden).

5.3.4 Voordelen door efficiency inkoop

Een onderwerp dat in het kader van de vaste prijs actueel is, is de kwestie van het voordeel dat de aannemer weet te behalen door inkoop en/of als gevolg van een efficiëntere organisatie van de uitvoering dan hem voor ogen stond toen hij zijn prijs afgaf. Bij de opsomming van de gevallen waarin de prijs die aan de aannemer toekomt, aangepast wordt, is uitdrukkelijk niet genoemd het aanpassen van de prijs als gevolg van het behalen van voordeel door de aannemer. In de literatuur komt men een suggestie met een dergelijke inhoud dan ook nergens tegen. Integendeel: benadrukt wordt juist, dat bij het vaste-prijs-contract de aannemer zijn risico's moet inschatten en dat de prijs vastligt, behoudens de genoemde aanpassingsmogelijkheden. Illustratief is het volgende citaat, dat weliswaar voorkomt in een beschouwing over een «firm-fixed contract», maar ook voor de gewone, vaste prijs relevant is: «*The firm-fixed price contract corresponds most directly to the contractual relationship prevailing in a market environment. With it the contractor promises to*

²⁹⁷ Ibid., p. 373.

²⁹⁸ De aannemingsom die bij het aangaan van de overeenkomst genoemd wordt, wordt niet aangepast, wel hetgeen terzake van de overeenkomst (overigens) verschuldigd is, zie Van Wijngaarden, op. cit., p. 196.

²⁹⁹ Zie Asser-Thunnissen, nr. 585, die terecht verwijst naar Duitsland, waar de vaste prijs uitzondering is.

³⁰⁰ Arrowsmith, Linarelli, Wallace, op.cit., p. 375 e.v., geven een uiteenzetting van de verschillende varianten die dit model kent. Zo wijzen zij op de mogelijkheid de prijs aan te passen op basis van: de gebruikte hoeveelheden; het gebruik maken van wijzigingsbevoegdheid (waaronder zij het geval van meerwerk laten vallen); wijziging van de prijs (variation of price – vop clauses). Ook beschrijven zij het fixed price incentive contract, waarvan ook weer varianten in omloop zijn. Tot slot wijzen zij op het bestaan van een restcategorie van varianten.

³⁰¹ De internationale standaard voor geïntegreerde contracten, het van de internationale organisatie van raadgevend ingenieurs (FIDIC) afkomstige Conditions of Contract for Plant and Design and Build, 1999, het zogenaamde Yellow Book, gaat ook uit van deze systematiek.

*supply certain specified goods or services at a price which, after agreed upon by buyer and seller, is not subject to adjustments reflecting the seller's actual cost experience. Profit under a fixed-price contract is the residuum of price less cost, and hence is negatively correlated with cost. For every dollar of cost reduction the contractor's profit is increased a dollar, and so a clear incentive for cost reduction is provided. It should be noted that this inverse correlation between profits and cost operates automatically once the fixed price is set.»*³⁰² In even duidelijke bewoordingen ook Colin Turpin.³⁰³ Het komt er dus op neer dat een vaste-prijscontract het risico van hogere prijzen op bijvoorbeeld de materialenmarkt legt bij de aannemer, maar ook het risico van lagere prijzen en dat dus het omgekeerde geldt voor de opdrachtgever.³⁰⁴

Dwaling en bedrog

In beginsel brengt het vaste-prijs-model met zich dat geen van beide partijen een aanspraak heeft op de ander om het contract bijvoorbeeld te wijzigen als blijkt dat het werk voordeliger gerealiseerd kan worden dan wel als blijkt dat het werk juist duurder uitvalt. Toch kan er onder bepaalde omstandigheden ruimte zijn om een aanpassing van het contract, en in een extreem geval: vernietiging, te vorderen. De weg waaraan gedacht zou kunnen worden is die van een beroep op dwaling, dan wel bedrog (artikel 6:228, artikel 3:44, lid 3, BW).³⁰⁵ Heeft de ene partij de andere partij op het foute been gezet (indien het opzettelijk gebeurt, is er sprake van bedrog) of is er wederzijdse dwaling dan kan de overeenkomst vernietigd worden of desgewenst aangepast (zie artikel 6:230, lid 1; aanpassing is niet mogelijk in geval van bedrog). Maar voordat men nu denkt dat dit een gemakkelijk te nemen stap is, moet gewezen worden op het tweede lid van artikel 6:228. Daarin is onder andere bepaald dat een vernietiging (en hetzelfde geldt voor de aanpassing) niet kan worden gegrond op een dwaling, die in verband met de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de dwalende dient te blijven. Deze beperking geldt overigens niet in geval er sprake is van gekwalificeerde dwaling, dat is bedrog. De enkele misrekening van de opdrachtgever dat de voordelen te behalen uit de inkoop wel mee zullen vallen en dat hij om die reden instemt met de voorgestelde prijs en niet met een lagere, is dan ook onvoldoende om een beroep op dwaling te honoreren. In zijn algemeenheid kan gezegd worden, dat gezien de aard van het vaste-prijscontract, een beroep op dwaling zinloos is.

Aanpassing: alleen onder zeer bijzondere omstandigheden

Heeft het dan toch nog zin over dwaling na te denken? Zonder dat met zekerheid een antwoord op de vraag of het dwalingsberoep van de opdrachtgever vanwege zijns inziens te hoge inkoop- of efficiencyvoordelen te geven is, lijkt een voorzichtige aanzet tot verder nadenken te geven. Deze voorzet begint in de Duitse literatuur. Daarin wordt geleerd dat in geval van een zogenaamd Pauschalverdrag (een contract met een vaste prijs) weliswaar het uitgangspunt is dat de prijs ongewijzigd blijft, maar dat dit niet geldt als vasthouden in strijd komt met redelijkheid en billijkheid (Treu und Glauben).³⁰⁶ De voorbeelden die aangetroffen worden, zien op het eerste gezicht alle op een nadelige positie waarin de aannemer onverwacht is komen te verkeren; bijvoorbeeld door onvoorziene omstandigheden in het grondwater of de bodem.³⁰⁷ Als een dergelijke omstandigheid in de woorden van Werner/Pastor leidt tot een «deutliches («unerträgliches») Missverhältnis van Gesamtbauleistung und Pauschalpreis», komt een aanpassing in beeld. Als een aanpassing, gegeven de vaste prijs, toch mogelijk is indien de aannemer geconfronteerd wordt met een ondraaglijke situatie: zou dat

³⁰² Het citaat is ontleend door Arrowsmith, Linarelli, Wallace, op.cit., p. 372, aan F. M. Scherer, *The Weapons Acquisition Process: Economic Incentives* (1964).

³⁰³ Arrowsmith, Linarelli, Wallace, op.cit., p. 372, die op hun beurt dit citaat ontlenden aan Colin Turpin, *Government Procurement and Contracts*. 1989, p. 154/155.

³⁰⁴ Of zoals N. Kleine-Möller, H. Merl, W. Oelmaier, *Handbuch des privaten Baurechts*, 1997, p. 370, Rdnr. 20 het zeggen: «Theoretisch tragen damit beide Vertragsparteien das Risiko, dass die tatsächlich zu erbringende Leistung zu ihrem Nachteil von ihren Vorstellungen bei Vertragsabschluss abweichen.»

³⁰⁵ Gedacht zou ook nog kunnen worden aan het leerstuk van de onvoorziene omstandigheid, artikel 6:228 BW, de omstandigheid, waarvoor in het contract geen voorziening is getroffen en die van zodanige aard is dat de ene partij de andere partij niet, zonder in strijd te komen met redelijkheid en billijkheid, de ander aan het contract kan houden. Deze weg is zeer dubieus, omdat het vast-prijscontract er uit zijn aard nu juist in voorziet dat geen veranderingen, anders dan gespecificeerd, in de prijs zullen optreden ongeacht de omstandigheden die men gaandeweg tegenkomt.

³⁰⁶ Zie o.a. Heiermann, W. en R. Riedl, M. Rusam, *Handkommentar zur VOB Teile A und B*, p. 329, Rdnr. 20; U. Werner en W. Pastor, *Der Bauprozess*, 9e druk, 1998, p. 438, Rdnr. 1186 en Rdnr. 1200 e.v.

³⁰⁷ Werner/Pastor, op.cit., p. 444, Rdnr. 1198.

dan niet kunnen betekenen, dat een aanpassing ook mogelijk is indien de *opdrachtgever* met een ondraaglijke omstandigheid geconfronteerd wordt? De vraag lijkt in de literatuur niet opgeworpen, maar zou het logisch geredeneerd niet zo moeten zijn dat althans in theorie de vraag bevestigend beantwoord zou moeten worden? De juridisch-technische weg waarlangs een aanpassing in dit geval zou kunnen geschieden naar Nederlands of Duits recht verschilt uiteraard, maar waar het hier om gaat is dat in het denken rond de vaste-prijs-contracten het niet geheel onmogelijk is om toch ruimte te zien voor een aanpassing. De hobbel voor een opdrachtgever, die een aanpassing of vernietiging zou willen bewerkstelligen, bestaat in ieder geval uit het aantonen dat zijn situatie door bijvoorbeeld de grote voordelen die de aannemer met inkoop en gerealiseerde efficiëncy heeft weten te bewerkstelligen, ondraaglijk is geworden. Zijn situatie zal van een vergelijkbaar gewicht moeten zijn met de situaties waarin de aannemers verkeerden, van wie geoordeeld is dat hun positie ondraaglijk is geworden.³⁰⁸

Terug naar het Nederlandse dwalingsrecht. Het tweede lid van artikel 6:228 maakt het dwalingsberoep bij een vaste prijs zeer moeilijk. In dit geval overigens terecht, want er is nu eenmaal door partijen gekozen voor dit contracttype en dan past het in ons stelsel niet om daar eenzijdig afstand van te nemen (in overleg kan dat natuurlijk altijd wel). Maar als aan die keus een verkeerde voorstelling, door de andere partij in het leven geroepen, vooraf is gegaan dan is het de vraag of het tweede lid nog een belemmering is. Het is denkbaar³⁰⁹ dat ten tijde van het aangaan van de overeenkomst de opdrachtnemer bekend was met het feit dat hij grote kortingen³¹⁰ op bijvoorbeeld levering van materialen zou kunnen bedingen, in die mate dat hij daarvan de facto verzekerd was. Houdt hij nu de opdrachtgever voor dat hij niets weet van kortingen of geeft hij een veel hoger bedrag op dan het hem inmiddels bekende bedrag, dan lijkt niet ondenkbaar dat de opdrachtgever zich achteraf op het standpunt kan stellen, dat hij niet met de overeengekomen aanneemprijs akkoord zou zijn gegaan als hij geweten zou hebben wat de werkelijke prijzen waren. Het risico dat de aannemer geen juiste mededelingen zou doen over hem op het moment van het aangaan van de overeenkomst bekende prijzen, heeft hij immers niet willen nemen. Jurisprudentie is niet bekend over een dergelijk dwalingsberoep, maar theoretisch lijkt het verdedigbaar. Ten overvloede zij er op gewezen dat een beroep op dwaling geen kans van slagen heeft, indien het inkoopvoordeel ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst niet (in deze mate) was te voorzien. Het voordeel dat dan wordt gerealiseerd is voor de de aannemer, net zo als het nadeel van de prijsstijgingen. Tevens dient opgemerkt te worden, dat het voordeel dat behaald wordt niet geïsoleerd beschouwd mag worden. De aannemer kan met recht betogen dat hij de kans op dit type voordelen nodig heeft, om vooraf onbekende tegenvallers te kunnen afdekken. Een beroep op dwaling zal dan ook pas aan het eind van het project, wanneer de eindbalans bekend is, op zijn merites beoordeeld kunnen worden.

5.3.5 Regiecontracten (*cost reimbursement contract/cost-plus contract*)

Van een regiecontract wordt gesproken wanneer de aannemer een vergoeding ontvangt van gemaakte kosten (arbeidsloon en materiaal), verhoogd met een winstpercentage. Op dit model bestaan ook weer varianten. Een veel voorkomende is dat de kosten vooraf geschat worden en aan een maximum worden gebonden. Overschrijden de kosten dat plafond, dan is dat voor risico van de aannemer. Dit type contract wordt vooral gebruikt wanneer de kosten niet met voldoende zekerheid zijn te

³⁰⁸ Het is te kort door de bocht te veronderstellen dat de opdrachtgever nimmer in een dergelijke positie komt, omdat hij nu eenmaal nooit meer geld kwijt is aan het eind van de rit dan hij op voorhand meende kwijt te zijn als gevolg van het voordeel dat de aannemer behaalt. Immers: zijn geschonden belang bestaat in het feit dat hij nu meer geld kwijt is, dan hij kwijt zou zijn geweest indien hij op voorhand met dit voordeel bekend was geweest en een lagere prijs bedongen zou hebben.

³⁰⁹ Uitdrukkelijk zij opgemerkt dat schrijfster geen feiten bekend zijn, die hiermee overeenkomen.

³¹⁰ Zoals bij de bespreking van het Duitse recht al aangegeven, zal het moeten gaan om een dwaling van substantiële omvang. De aard van het contract bemoeilijkt in ieder geval een beroep op dwaling bij een verkeerde inschatting, die binnen zekere grenzen blijft. Een kostendeskundige kan mogelijk een indicatie geven over wat in zekere zin normale fluctuaties zijn en wat niet.

schatten. Het grootste probleem bij dit model wordt gevormd door het inbouwen van een prikkel opdat de kosten in de hand worden gehouden. In de Amerikaanse literatuur is opgemerkt, dat dit contract «includes an inherent disincentive to economy...».³¹¹ Als voordeel wordt gewezen op de snelheid en flexibiliteit die het biedt.³¹²

Er zijn verschillende oplossingen in omloop voor het probleem van de prikkel.³¹³ Meest voorkomend lijkt te zijn het model *cost plus fixed fee contract*. Bij dit model krijgt de aannemer de daadwerkelijk gemaakte kosten tot een bepaald plafond betaald met daar bovenop een honorarium (fee) dat vast en niet variabel is. Er is in dit geval geen relatie – althans mogelijkerwijs achteraf niet meer – tussen de kosten en het honorarium. Het vaste honorarium kan bij de aannemer op bezwaren stuiten in een tijd van inflatie. Mede daarom wordt wel geconstateerd dat het honorarium pas vastgesteld wordt wanneer het project al in een gevorderd stadium is. Interessant is het volgende citaat: «*Relative to fixed-price contracts, therefore, CPFF (cost-plus-a-fixed-fee) contracts involve less risk from the government's point view. It so happens, as we shall see, that minimizing the risk of loss is often just what the contractor prefers while minimizing the risk of windfall profit is what the government desires and so the CPFF contract provides a mutually satisfactory relationship.*»³¹⁴

Cost plus incentive fee contract, is het contract waarbij het honorarium van de aannemer aangepast kan worden tijdens de loop van het contract volgens een formule die gebaseerd is op de verhouding «total target costs» en daadwerkelijke kosten.³¹⁵ De beloning van de aannemer zal toenemen naarmate de daadwerkelijke kosten minder zijn dan de vooraf beoogde kosten (target costs). Omgekeerd neemt zijn beloning af indien de daadwerkelijke kosten meer blijken te zijn. Het zal duidelijk zijn, dat de ruimte voor het gebruik van dit model beperkt is, want als voldoende bekend is over de kostenbepalende factoren zodat een bevredigende «target» genoemd kan worden, dan kan net zo goed gekozen worden voor een vaste-prijs-contract.³¹⁶ Echter indien onbekende factoren in het geding zijn, is dit een model dat mogelijkheden biedt. Het spreekt voor zich dat de opdrachtgever bijzondere aandacht in dit model dient te schenken aan het monitoren van de uitgaven onder dit contract en aan het achteraf controleren.³¹⁷ Tot slot wordt in de literatuur³¹⁸ gewag gemaakt van het *cost plus no fee contract*, maar gezien de geringe aandacht die dit model krijgt, lijkt de opvatting gerechtvaardigd dat het niet erg vaak gebruikt wordt. Het wordt dan ook niet verder besproken.

5.3.6 Hoeveelheden contracten (*Bill of Quantities*)

Dit soort contracten maakt vaak onderdeel uit van een ander, meer omvattend type contract, bijvoorbeeld van een turnkey-contract.³¹⁹ Naast de specificaties en de tekeningen bevat het bill of quantities-contract tevens documenten waarin geschatte hoeveelheden zijn opgenomen.³²⁰ Het werk is in dit soort contracten verdeeld in secties of units, en de aannemer geeft een prijs per unit op. Betaling is gekoppeld aan de daadwerkelijk uitgevoerde hoeveelheid werk.³²¹ Werk dat boven de bepaalde hoeveelheid uitgaat, is extra werk en wordt vergoed. Het contract heeft niet zonder meer een goede pers. «*This type of contract has been said to be «obviously unsafe» for an employer because it can hardly ever be known beforehand what exact quantities of work may be necessary to complete; conversely it may save the contractor much*

³¹¹ Het citaat is van Colin Turpin, en weergegeven in Arrowsmith, Linarelli en Wallace op cit., p. 382.

³¹² Zie Wedekind, W.G.Ph.E., *Bouwrecht in kort bestek*, p. 548.

³¹³ Het volgende is gebaseerd op het genoemde werk van Arrowsmith, Linarelli en Wallace, p. 382 e.v..

³¹⁴ Ibid., p. 384, het citaat is oorspronkelijk van Sherer, op.cit., p. 134.

³¹⁵ Arrowsmith, Linarelli, Wallace, op cit., p. 384; zie ook Sir A. May, *Keating on building contracts*, 1995, p. 100 en Wedekind, op.cit., p. 548.

³¹⁶ Aldus Colin Turpin, aangehaald in Arrowsmith, Linarelli en Wallace, op.cit., p. 386, zie voor Turpin zijn genoemde werk p. 173.

³¹⁷ Ibid., zie ook Keating, op.cit. p. 100/101.

³¹⁸ Arrowsmith, Linarelli, Wallace, op.cit., p. 387.

³¹⁹ Duncan Wallace, *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 1995, p. 368/369, merkt op dat omvangrijke projecten in het Verenigd Koninkrijk bijna altijd worden vergeven met «bills of quantities». Voor tal van disciplines nodig voor een bouwwerk worden berekeningen van de hoeveelheden gemaakt.

³²⁰ De UAV 1989 heeft een voorziening voor hoeveelheden en het geven van een prijs daarvoor alsmede de afspraak om van die oorspronkelijke prijs af te stappen, zie paragraaf 38 UAV 1989. De totale invloed van deze afspraken op de rest van het contract is echter niet te vergelijken met de Engelse praktijk, terwijl de uitwassen die mogelijk zijn gebleken in het Verenigd Koninkrijk onbekend zijn in Nederland. De systemen zijn dan ook niet vergelijkbaar.

³²¹ Wedekind, op.cit., p. 548, zie verder Arrowsmith, Linarelli, Wallace, op.cit., p. 388, Keating, op.cit., p. 108, Duncan Wallace, op.cit., 1995, p. 417.

trouble and loss.»³²² En Duncan Wallace citeert de volgende (zijns inziens: «exceptionally well-informed») uitspraak van de Full Court of Victoria: «the notorious practice of those who tender for building and engineering contracts of making what has been described as an unbalanced bid, that is to say, of pricing the bill in a way, without affecting the amount of the tender, is calculated to enure to their financial advantage. A tenderer may put down low rates for items where he believes that the «as built» quantities are likely to be less than be billed quantities, and higher rates for items where he believes the «as built» quantities in the bill; he may also increase his rates for early work and reduce his rates for later work in order to give him a substantial cashflow at an early stage. The practice is also known as «loading» the rates. It is referred to in many textbooks...».^{323, 324}

Het verschil in geschatte en werkelijke hoeveelheden kan veroorzaakt worden doordat het eenvoudigweg op voorhand niet mogelijk is de hoeveelheid goed te schatten (bijvoorbeeld bij het verwijderen van onbruikbaar materiaal bij opgravingen); of als men nog in de fase zit dat de plannen nog niet voldoende gedetailleerd zijn³²⁵.

Mede met het oog op de «bills of quantity» wordt een «quantity surveyor» – meestal door de architect – aangesteld. Keating omschrijft zijn taak als: «taking out in detail the measurements and quantities from plans prepared by an architect, for the purpose of enabling builders to calculate the amounts for which they would execute the plans.»³²⁶ Het werk kan ook nog andere controles omvatten, bijvoorbeeld met het oog op certificaten en het voorbereiden van wijzigingen («bills of variations»).³²⁷ De maatstaf waaraan zijn werk wordt getoetst, is die van plicht «to carry out his work with proper care», aldus Keating. In concreto luidt de test: heeft hij de zorg in acht genomen die een normaal bekwame «quantity surveyor» in deze omstandigheden ook in acht genomen zou hebben.³²⁸

5.3.7 Conclusie

Op verschillende manieren kan in een contract vorm gegeven worden aan de gewenste afrekenmethode. De enige methode die in de literatuur wel zeer kritisch bekeken wordt, is de «bills of quantities»-methode. Van de overige varianten is niet aan te geven dat de een beter zou zijn dan de andere. De ene methode heeft het voordeel van de eenvoud en de weinige belasting van de administratieve organisatie van de opdrachtgever. De andere methode is verfijnder en leidt naar een preciezere afrekening, maar vraagt meer werkzaamheden van de opdrachtgever. Ook speelt hierdoor nog de problematiek van de prikkels om de kosten laag te houden een rol. Op voorhand zal de opdrachtgever voor zichzelf moeten uitmaken welke methode hij kiest. Na de totstandkoming van de overeenkomst waarvan deze afrekenmethode onderdeel is, dienen beide partijen zich realiseren dat in beginsel van deze afspraak niet meer afgeweken kan worden; ook al blijkt bij nader inzien een andere methode wenselijker. Is aan het begin van de rit afgesproken dat inkoop- en efficiencyvoordelen ten gunste van de aannemer zullen komen, dan kan daar niet op teruggekomen worden, behoudens de zeer kleine kans om met succes een beroep op dwaling te doen. Hetzelfde geldt voor deze nadelen, zij komen ten laste van de aannemer.

5.4 Het traditionele model

5.4.1 Inleiding

Het traditionele model kenmerkt zich door een grote bemoeienis van de

³²² Keating, op.cit., p. 109.

³²³ Duncan Wallace, op.cit., p. 371; de uitspraak is *Sist Constructions v. State Electricity Commission of Victoria* (1982) V.R. 597.

³²⁴ Helemaal vernietigend voor dit contract is wat Duncan Wallace op p. 966 schrijft: «The conclusion is inescapable that the scope for manipulative pricing in order to establish claims for additional payment on final measurement has been the real driving force behind the English industry's constant advocacy of contracts using bills of quantities, which the professional insitutions, with their own member's remuneration calculated as a percentage on final cost and not of the original contract sum, and perhaps conscious of the advantage of an apparently attractive contract price inducing client acceptance of a project without calling for savings, has apparantly done nothing to resist.»

³²⁵ Zie Duncan Wallace, op.cit., p. 417.

³²⁶ Keating, op.cit., p. 423.

³²⁷ Ibid.

³²⁸ Ibid.p. 425.

opdrachtgever met het bouwproject. De opdrachtgever komt in dit model met het ontwerp en houdt via de bouwdirectie toezicht op de uitvoering.³²⁹ Met deze bemoeienis komt een daarmee samenhangende verantwoordelijkheid. Het traditionele model is aantrekkelijk, indien de opdrachtgever er belang bij heeft dat de bouw zich voltrekt zoals het hem vooraf voor ogen staat. Het model gaat ervan uit dat eerst ontworpen wordt en pas daarna tot uitvoering wordt overgegaan. Hiermee komt een nadeel in beeld, want in verhouding tot modellen die het mogelijk maken reeds met bouwen te beginnen nog tijdens de bouw kost dit model meer tijd. Als nadeel kan ook genoemd worden dat kennis van de uitvoerende partij niet reeds bij het ontwerpen betrokken wordt; er is zelfs sprake van een hiërarchische verhouding tussen opdrachtgever en aannemer.³³⁰ In de volgende paragrafen wordt ingegaan op de vraag hoe in de standaard voor dit model, de UAV 1989, omgegaan is met de verschillende risico's.

5.4.2 De ontwerpverantwoordelijkheid

Algemeen

In paragraaf 5, lid 2 van de UAV 1989 wordt de verantwoordelijkheid voor de door of namens de opdrachtgever voorgeschreven constructies en werkwijzen, daaronder begrepen de invloed die daarop door de bodemgesteldheid wordt uitgeoefend bij de opdrachtgever gelegd. Niet geheel juist wordt deze bepaling vaak samengevat met het volgende: de ontwerpverantwoordelijkheid ligt bij de opdrachtgever. De verantwoordelijkheidsverdeling komt overeen met het idee dat het risico daar moet liggen, waar dat te beheersen is.

Waarschuwingsplicht van de aannemer

Nu de opdrachtgever het ontwerp voor zijn rekening neemt, kan hij ook de risico's verbonden aan zijn ontwerpkeuzes beheersen.³³¹ Betekent het feit dat de opdrachtgever verantwoordelijk is voor het ontwerp, dat de aannemer dan maar klakkeloos tot uitvoering daarvan mag overgaan? Nee, in paragraaf 6, lid 14, is op de aannemer de plicht gelegd te waarschuwen indien constructies, werkwijzen, orders en aanwijzingen dan wel bouwstoffen of hulpmiddelen die door de opdrachtgever ter beschikking zijn gesteld klaarblijkelijk zodanige fouten of gebreken vertonen, dat de aannemer in strijd met de goede trouw zou handelen door zonder de directie daarop te wijzen tot uitvoering van het desbetreffende onderdeel over te gaan. Verder wordt bepaald dat de aannemer in zo'n geval voor de schadelijke gevolgen van zijn verzuim aansprakelijk is. Ook deze verdeling is in overeenstemming met het eerder genoemde risicoverdelingsbeginsel, want als de aannemer iets ziet of iets had behoren te onderkennen, ligt het in zijn macht om er iets aan te doen. Hij beheerst alsdan het risico. Weliswaar is er een samenloop van fouten, namelijk een ontwerpfout van de architect en een waarschuwingfout (zijnde dus een uitvoeringsfout) van de aannemer, maar het laatste «beheersingsmoment» lag bij de aannemer, en dat verklaart zijn aansprakelijkheid.

Wat houdt de waarschuwingsplicht in? Het is niet de bedoeling dat de aannemer het ontwerp geheel controleert; het gaat om een marginale toetsing, zo is in constante jurisprudentie van de Raad van Arbitrage uitgesproken.³³² De vele jurisprudentie die zich heeft gevormd, laat zien dat enerzijds de deskundigheid van beide partijen een rol speelt. Daarbij gaat het niet om een objectieve invulling maar om een subjectieve invulling aan de hand van de deskundigheid van deze aannemer en deze opdrachtgever en/of directie. Ook speelt de constructie een rol: gaat het om een experimenteel ontwerp, dan wordt de opdrachtgever veronder-

³²⁹ De inherente sterkte van het UAV model is onlangs beschreven in BR, 2002, p. 361, in het artikel: Nieuwe contractvormen in de bouw: is er nog toekomst voor de UAV 1989, M. A. B. Chao-Duivis.

³³⁰ Getuige onder andere paragraaf 6, lid 2, UAV 1989 waar bepaald wordt dat de aannemer orders en aanwijzingen van de directie op te volgen.

³³¹ Indien de opdrachtgever in de relatie met de aannemer aansprakelijk is voor het ontwerp en bijvoorbeeld ook voor de nog aan de orde te stellen bodemgesteldheid, hoeft dat nog niet per se te betekenen dat de gevolgen ook uiteindelijk voor het volle pond voor rekening van de opdrachtgever blijven. Heeft de opdrachtgever een extern bureau ingeschakeld voor het ontwerp of een bodemonderzoek, en zijn bij het ontwerp of het onderzoek fouten gemaakt, dan kan geprobeerd worden de gevolgen te verhalen op het bureau. Het probleem dat de opdrachtgever dan tegen komt, is dat de ontwerper of adviseur zijn aansprakelijkheid vaak beperkt zal hebben tot een bepaald type fouten en gevolgen en de omvang daarvan eveneens.

³³² Zie Van Wijngaarden, M. A.: Hoofdstukken Bouwrecht, deel 14, paragraaf 778.

steld het risico van problemen genomen te hebben. Anderzijds speelt de ernst van de fout een rol. Naarmate een fout ernstiger is, wordt sneller aangenomen dat de aannemer een waarschuwingsplicht geschonden heeft.

Vanaf wanneer bestaat de waarschuwingsplicht?

Er bestaat discussie over de vraag, vanaf welk moment de verplichting ingaat om te waarschuwen. In de Toelichting van het AVBB op paragraaf 6, lid 14 UAV 1989 wordt opgemerkt dat de waarschuwingsplicht niet rust op de inschrijver op een werk, omdat op dat moment de UAV nog niet van toepassing is. Daartegen is in de literatuur stelling genomen. Zoals Van Wijngaarden schrijft: «de verplichting om te waarschuwen volgt uit de steeds geldende en ook precontractueel in acht te nemen goede trouw (redelijkheid en billijkheid)».³³³ De Hoge Raad heeft deze verplichting reeds in 1957 erkend in het Baris/Riezenkamp arrest.³³⁴ In zijn uitspraak van 8 maart 2001³³⁵ heeft de Raad van Arbitrage uitdrukkelijk uitgesproken dat ook een inschrijver een plan globaal dient te bestuderen en dat de RAW-systematiek niet tot gevolg heeft, dat een inschrijver niet hoeft te waarschuwen voor evidente fouten of niet om inlichtingen zou hoeven te vragen in een bepaald geval. De aannemer is van deze uitspraak in beroep gegaan, zodat op dit moment nog niet bekend is of de uitspraak stand zal houden. Opgemerkt zij dat er natuurlijk tussen de zaken waarover de burgerlijke rechter te oordelen krijgt en die waarover de Raad van Arbitrage te oordelen krijgt dit verschil bestaat dat het bij de laatste in het algemeen om aanbiedingen in concurrentie gaat, terwijl het bij de burgerlijke rechter vaak gaat om zaken die zich afspelen tussen maar één aanbieder en de opdrachtgever. Tevens verdient aandacht dat de aanbieder in aanbestedingsgevallen onder grote tijdsdruk tot stand komt. Op grond daarvan is de controle door de inschrijver niet volstrekt vergelijkbaar met die van een aanbieder in een één-op-één relatie. Met andere woorden: denkbaar is dat in het aanbestedingsrecht minder snel geoordeeld kan worden dat er feitelijk sprake is van een waarschuwingsplicht. Maar dit doet niet af aan het principe dat gewaarschuwd moet worden als iets ontdekt is of had kunnen worden.

Tot slot: indien de aannemer verweten wordt zijn waarschuwingsplicht te hebben geschonden, houdt de Raad van Arbitrage hem aansprakelijk voor in beginsel de gehele schade, zij het dat op dat bedrag in mindering wordt gebracht de kosten die de opdrachtgever zich door het niet waarschuwen heeft bespaard. In de literatuur wordt op deze jurisprudentie verschillend gereageerd, het voert te ver daar thans op in te gaan.³³⁶

Bodemgesteldheid; onjuiste gegevens

De bodemgesteldheid kan partijen voor verrassingen plaatsen, omdat de feitelijke gesteldheid vaak pas echt te kennen is, wanneer de bouwer in de bodem «zit».³³⁷ Het kan voorkomen dat de bodem zich anders gedraagt dan vooraf ingeschat of dat gegevens niet volledig zijn of niet juist en dit alles kan veroorzaken dat het ontwerp dan wel de gekozen uitvoeringsmethode niet de juiste blijkt te zijn. Hoe wordt met de verdeling van deze risico's omgegaan in een traditioneel contract? Paragraaf 5, lid 2, UAV 1989 legt de verantwoordelijkheid voor de invloed van de bodemgesteldheid op het ontwerp ook bij de opdrachtgever. De opdrachtgever is niet verantwoordelijk voor de bodemgesteldheid, maar alleen voor de invloed daarvan op het ontwerp. Voorzover er van de bodem invloed uitgaat op de uitvoering is de aannemer daarvoor aansprakelijk. Paragraaf 29 UAV 1989 bevat een regeling voor het geval de afmetingen of de toestand van het terrein niet in overeenstemming zijn met de

³³³ Ibid., p. 48.

³³⁴ HR 15 november 1997, NJ 1958, 67.

³³⁵ BR 2001, p. 534.

³³⁶ M. A. B. Chao-Duivis heeft betoogd dat wetenschap van de aannemer de causaliteit in de schadeveroorzaking doorbreekt en dat het dan ook past de aannemer volledig aansprakelijk te houden, zie Informatie- en mededelingsplichten, BR 1991, p. 92/93. Een ander standpunt neemt Van den Berg in: zie Bouwrecht in kort bestek, p. 368.

³³⁷ Zie voor een bespreking van de bodemrisico's het preadvies van Van den Berg, p. 178 e.v.

tekeningen en gegevens die de aannemer ter beschikking waren gesteld. Het eerste lid legt op de aannemer een mededelingsplicht wanneer hij zulks constateert; in de leden 2 en 3 worden de gevolgen geregeld. Het tweede lid ziet op het afwijken van de afmetingen en het derde lid op de verschillen in de toestand van werken, terrein en gebouwen. Paragraaf 29, lid 3, biedt de aannemer bescherming (recht op bijbetaling) indien er sprake is van verschillen tussen de tijdens de uitvoering blijvende toestand van gebouwen, werken en terreinen en de in het bestek aangeduide toestand, indien die verschillen zodanig zijn dat de gevolgen ervan redelijkerwijs niet voor rekening van de aannemer horen te komen. In paragraaf 29, lid 3, wordt ook nog uitdrukkelijk bepaald dat de opdrachtgever overigens verantwoordelijk is voor de juistheid van door of namens hem verstrekte gegevens.

Een terugkerend probleem wordt blijkens de jurisprudentie gevormd door het niet verstrekken van wel aanwezige gegevens door de opdrachtgever, die daarvoor dan ook vaak door arbiters aansprakelijk wordt gehouden. Naast of in plaats van bijbetaling kan de aannemer die wordt geconfronteerd met een onverwachte bodemgesteldheid, recht hebben op termijnverlenging.

5.4.3 Vergunningen etc.

De verdeling van het verkrijgen van de vergunningen, ontheffingen en dergelijke beschikkingen die nodig zijn voor de bouw van het werk is onder de UAV 1989 als volgt. In paragraaf 5, lid 1, onder a, wordt op de opdrachtgever de verplichting gelegd de vergunningen tijdig te verkrijgen die nodig zijn voor de opzet van het werk volgens het bestek. Ingevolge paragraaf 6, lid 10, zorgt de aannemer voor de tijdige verkrijging van die vergunningen e.d. die nodig zijn voor de wijze waarop het werk wordt uitgevoerd. Bij de eerste groep vergunningen denke men aan bijvoorbeeld vergunningen die nodig zijn gelet op de toekomstige plaats en betekenis van het bouwwerk in relatie tot de ruimtelijke omgeving, zoals de bouwvergunning, die vereist is ingevolge de Woningwet. Een voorbeeld van een vergunning van de tweede groep is een vergunning die vereist is op grond van de Wet verontreiniging oppervlaktewater of een sloopvergunning ingevolge de gemeentelijke leefmilieuverordening. Over vergunningen inzake het gebruik van het gerealiseerde werk bepaalt de UAV 1989 niets. Deze zullen voor rekening van de opdrachtgever komen als toekomstige gebruiker van het werk. Voor de uitvoering van het werk is tevens van belang hetgeen bepaald is in paragraaf 6 leden 11, 12 en 13 eerste zin. In deze bepalingen wordt, samengevat, bepaald dat de aannemer bekend is met de wettelijke voorschriften die op de dag van de aanbesteding in werking zijn getreden. Naleving van voorschriften die dat toen nog niet waren en naleving van bijzondere voorschriften, die hij niet behoefde te kennen, geven hem recht op bijbetaling.

5.4.4 Het toezicht

De UAV 1989 gaan ervan uit dat de opdrachtgever een directie aanstelt om directie te voeren. Dit is geen verplichting en de aannemer heeft ook geen aanspraak op directievoering.³³⁸ Het voordeel van directievoering is voor de opdrachtgever dat hij zeer nauwgezet volgt wat er op het werk gebeurt; voor de aannemer vormt de directie een aanspreek- en ook overlegpunt, hetgeen naar verluidt over en weer wordt gewaardeerd.

Falend directietoezicht

Het voeren van directie brengt bepaalde gevolgen met zich. Maakt de

³³⁸ Zie BR 2002, p. 364, noot 14.

directie fouten dan zijn de gevolgen in de relatie opdrachtgever – aannemer voor de opdrachtgever. Directievoering is kostbaar. Over beide aspecten een paar korte opmerkingen.

Falend directietoezicht heeft onder de juristen veel aandacht getrokken.³³⁹ Bij falend directietoezicht is er sprake van een samenloop van een uitvoeringsfout van de aannemer met een waarschuwingfout (niet of niet duidelijk attenderen op de fout) van de directie. De jurisprudentie van de Raad komt er op neer dat bij een falen van de directie de schade ten minste gedeeltelijk voor rekening van de opdrachtgever komt. De opdrachtgever is weliswaar niet verplicht directie te voeren, maar wordt directie gevoerd dan is dat geen vrijblijvende gebeurtenis.³⁴⁰ Het probleem dat in de literatuur met deze jurisprudentie gevoeld wordt, is gevormd door het feit dat directievoering niet verplicht is. De opdrachtgever gaat er onverplicht toe over en draagt zelf ook de kosten ervan en toch blijkt het tegen hem te kunnen werken indien de directie daarbij een fout begaat ook al is het de aannemer die de fout oorspronkelijk beging. Dan heeft het, zo wordt in de literatuur opgemerkt, toch iets onbevredigends om de gevolgen van deze fout naar een ander te schuiven.

De jurisprudentie van de Raad op dit punt vertoont consistentie met die op het punt van de geschonden waarschuwingplicht door de aannemer. Wie de fout oorspronkelijk beging is niet doorslaggevend. Maar wie beheerste het laatste moment om de schade te voorkomen? Dat lijkt de aan de jurisprudentie van de Raad ten grondslag liggende gedachte en dat past in het uiteengezette risicodenken. Hoe gaat de Raad feitelijk om met de waardering van de directie-inbreng? Geconstateerd kan worden dat arbiters nauwkeurig notie nemen van de wijze waarop directie is gevoerd. Daarbij spelen vragen als: was de aannemer deskundig; was de directie deskundig (op dit specifieke terrein?), hoeveel tijd stond de directie ter beschikking en dergelijke. Hiermee komt uitdrukkelijk de al dan niet mogelijke beheersing van het risico naar voren. De opdrachtgever die directie laat voeren, trekt daarmee verantwoordelijkheid naar zich toe. De opdrachtgever die dat niet wil, doet er goed aan uitdrukkelijk uit te sluiten, dat niettegenstaande de controle door of namens de opdrachtgever de aansprakelijkheid van de aannemer voor zijn fouten onverlet blijft. De aanwezigheid van een dergelijke bepaling zal, gezien de bindende kracht van de overeenkomst, niet gemakkelijk met een beroep op redelijkheid en billijkheid opzij gezet kunnen worden.³⁴¹ Het falend directietoezicht speelt een rol tijdens de uitvoering zelf, maar ook bij de oplevering, zoals bij de paragraaf over de aansprakelijkheid na oplevering aan de orde komt.

Directietoezicht vergeleken met kwaliteitsborging

Het tweede aspect betreft de kosten die gemoeid zijn met de directie. Die zullen zeker bij grote projecten niet onaanzienlijk zijn. De vraag kan daarom worden gesteld, of daar niet een efficiënter alternatief voor is. De gedachten gaan in dit kader uit naar kwaliteitssystemen en kwaliteitsborging.³⁴² Deze controlemanieren hebben de laatste jaren een hoge vlucht genomen. Is kwaliteitsborging en alles wat daarmee samenhangt een alternatief voor de fysiek aanwezige toezichthouder? Het antwoord is niet zonder meer bevestigend. Het gaat bij dit soort systemen om een papieren controle, de aannemer geeft schriftelijk aan dat hij zich aan de voorschriften heeft gehouden. Of dat ook daadwerkelijk is gebeurd, wordt niet feitelijk geconstateerd, behoudens steekproeven door een derde. Hiertegen kan worden aangevoerd dat ook de toezichthouder niet alles ziet (zie immers de problematiek van het falend directietoezicht). Ten faveure van de papieren controle kan tevens aangevoerd worden dat dit

³³⁹ Zie Koning, De veranderende rollen, p. 77 e.v. en Van den Berg, Bouwrecht in kort bestek, p. 369 e.v.

³⁴⁰ Zie onder andere Koning, *ibid.*, p. 77 en Van den Berg, *ibid.*, p. 369.

³⁴¹ Al is het niet onmogelijk, het Burgerlijk Wetboek opent die weg uitdrukkelijk, al moet de rechter terughoudend betrachten bij de honorering van dergelijke verzoeken, zie artikel 6:2, lid 2, en 6:248, lid 2. Arbiters spreken overigens recht als goede man naar billijkheid en worden om die reden geacht meer vrijheid te hebben bij onder andere het honoreren van dit soort beroepen.

³⁴² Voor een beschrijving van de invloed van de kwaliteitssystemen op de UAV 1989, zie Koning, *Veranderende rollen*, p. 80 e.v.

ook gebruikelijk is in andere industrieën. Werd daar vroeger ook niet met veel meer toezichthouders en opzichters gewerkt dan thans het geval is? Dat verklaart wellicht ook dat men in de bouwindustrie oog heeft beginnen te krijgen voor deze nieuwe controleform. Ook hier echter een kanttekening: de bouw van een project, zo wordt wel vernomen, komt voor 80% tot stand met behulp van onderaannemers met wie gelegenhedencoalities worden gesloten. Bovendien is ieder project uniek en ook nog op een andere locatie. De vergelijking met andere industrieën gaat dan ook niet geheel op. Deze ingrijpend andere kenmerken van de bouw stellen dan ook hogere eisen aan de kwaliteitssystemen dan aan de systemen van de locatie-gebonden industrie, waar de onderneming een constante is. Is het einde van de traditionele directievoering in zicht? Het antwoord lijkt vooralsnog met vraagtekens omgeven.

5.4.5 De uitvoering van het werk

Algemeen

In een reeks van uitspraken is beslist dat de aannemer verantwoordelijk is voor de juiste uitvoering van het werk. Dit wordt onder andere uitgedrukt door de overweging dat de aannemer heeft in te staan voor deugdelijk werk.³⁴³ De aannemer is gehouden in geval van een ondeugdelijke uitvoering van het werk, dit alsnog voor zijn rekening in overeenstemming te brengen met hetgeen volgens de overeenkomst van hem verwacht mocht worden, of bij gebreke daarvan, schadevergoeding te betalen. De aannemer moet daarbij de nodige zorgvuldigheid betrachten. Hogere uitvoeringskosten dan verwacht komen voor zijn risico; gebrek aan ervaring is irrelevant. Ook een voorgeschreven constructie laat onverlet dat deze goed uitgevoerd moet worden.³⁴⁴ De schade als gevolg van een uitvoeringsfout kan mogelijk gedeeld worden met de opdrachtgever mits tegelijkertijd ook sprake is van een ontwerpfout.

(Voorgeschreven) onderaannemers

De aannemer is ook aansprakelijk voor *onderaannemers*, maar niet voor *nevenaannemers*.³⁴⁵ Voor de voorgeschreven onderaannemer kent de UAV 1989 in paragraaf 6, lid 27, een afwijkend regime. De achtergrond van de regel is dat als de opdrachtgever de onderaannemer voorschrijft aan de hoofdaannemer, dat de vrijheid van de laatste in de uitvoering beperkt is. Desalniettemin is hij op grond van het Burgerlijk Wetboek, artikel 6:76, aansprakelijk voor deze onderaannemer, die immers een hulppersoon is in de zin van de wet. De mogelijkheid om te onderhandelen met de onderaannemer over diens voorwaarden is feitelijk evenzeer beperkt, want de onderaannemer weet zich in de comfortabele positie dat de hoofdaannemer niet om hem heen kan. Paragraaf 6, lid 27, lost dit probleem als volgt op. De hoofdaannemer is jegens de opdrachtgever tot niet meer gehouden dan tot waartoe de hoofdaannemer de onderaannemer krachtens zijn voorwaarden, die de opdrachtgever heeft aanvaard of goedgekeurd, kan houden. En bovendien heeft de hoofdaannemer een aanspraak op vergoeding van de meerdere uitvoeringskosten indien en voorzover de onderaannemer deze niet aan de hoofdaannemer heeft vergoed. Wel moet de hoofdaannemer de onderaannemer zien te bewegen tot nakoming en als dat niet lukt moet hij zijn vordering op de laatste cederen aan de opdrachtgever.

Orders en aanwijzingen van de directie

De aannemer is niet aansprakelijk voor een uitvoeringsfout indien hij orders en aanwijzingen van de opdrachtgever/directie opvolgt (en mits hij zijn waarschuwingsplicht niet schond), wanneer er schade ontstaat als

³⁴³ Van Wijngaarden, Hoofdstukken Bouwrecht, deel 13, paragraaf 707.

³⁴⁴ Zie voor het praktisch niet altijd even makkelijk te maken onderscheid tussen een voorgeschreven constructie en de uitvoering ervan, Van Wijngaarden, op.cit., p. 12 e.v.

³⁴⁵ Een onderaannemer is een aannemer die door de hoofdaannemer wordt gecontracteerd. Een nevenaannemer is niet een door de hoofdaannemer ingeschakelde aannemer, maar een aannemer die door de opdrachtgever naast andere (neven)aannemers wordt gecontracteerd. Tussen de nevenaannemers bestaat geen juridische relatie. Om aan coördinatieproblemen, die nogal eens de kop opsteken als er veel nevenaannemers zijn, een einde te maken, wordt tussen alle nevenaannemers en de opdrachtgever een coördinatie-overeenkomst gesloten.

gevolg van het gebruik van voorgeschreven bouwstoffen of betrokken van een voorgeschreven leverancier (wederom: mits de aannemer zijn waarschuwingsplicht niet schond). Evenmin is de aannemer aansprakelijk als de opdrachtgever delen van het werk zelf verricht of als het anderszins aan de opdrachtgever toe te rekenen is dat de fout gemaakt werd.³⁴⁶

Voorgeschreven bouwstoffen en leveranciers

In beginsel is de wijze van uitvoering een zaak van de aannemer, maar de opdrachtgever kan er behoefte aan hebben zich ook daar mee te bemoeien.³⁴⁷ Met deze bemoeienis trekt de opdrachtgever wel weer verantwoordelijkheid naar zich toe. Dit onderwerp is geregeld in paragraaf 5, leden 3 tot en met 5. Lid 3 heeft op betrekking op door de opdrachtgever ter beschikking gestelde bouwstoffen of hulpmiddelen: hebben deze gebreken, dan is de opdrachtgever aansprakelijk. Lid 4 ziet op de functionele ongeschiktheid van voorgeschreven bouwstoffen en van bouwstoffen, die bij een voorgeschreven leverancier betrokken moeten worden, tenzij de aannemer bij die leverancier een keuzemogelijkheid had met betrekking tot de bouwstoffen. Met functionele ongeschiktheid wordt bedoeld dat de bouwstoffen op zich wel in orde zijn, maar zij zijn niet geschikt voor dit doel. Zijn de bouwstoffen voorgeschreven, functioneel wel geschikt, maar zij komen bijvoorbeeld beschadigd aan, dan is de aannemer aansprakelijk. Het vijfde lid ziet op het niet of niet tijdig leveren van bouwstoffen die bij een voorgeschreven leverancier betrokken moesten worden alsmede van bouwstoffen die voorgeschreven waren, tenzij de aannemer een keuze had in leverancier.³⁴⁸ In deze gevallen is de opdrachtgever aansprakelijk. Overigens verdient wel opmerking dat het voor de overheid strijdig kan zijn met de regels van het aanbestedingsrecht indien bouwstoffen van een bepaald merk worden voorgeschreven dan wel een leverancier.

Meerwerk/wijzigingen

Zoals al eerder aangegeven is de som die een bouwwerk de opdrachtgever uiteindelijk kost, vaak meer dan de aannemingsom. Dit komt onder andere doordat de aannemer recht heeft op betaling als gevolg van meerwerk. Wat is meerwerk? Meerwerk is een verrichting van de aannemer die uitgaat boven zijn verplichting om het in het bestek omschreven werk uit te voeren, zodat de aannemer voor het doen van deze verrichting recht heeft op bijbetaling boven de overeengekomen aannemingsom.³⁴⁹ Minderwerk is het spiegelbeeld hiervan. Gesproken wordt ook wel van bestekafwijkingen of bestekswijzigingen. Het gaat in ieder geval om een afwijking van de grondslag van de overeenkomst. Dat de opdrachtgever bevoegd is tot het opdragen van bestekswijzigingen is bepaald in paragraaf 36, lid 2.³⁵⁰ De aannemer is verplicht hieraan gevolg te geven ingevolge paragraaf 36, lid 3, maar dat lid stelt daaraan ook een grens: mits dientengevolge de totalen van de bijbetalingen en inhoudingen elk niet meer dan 15% bedragen van de aannemingsom dan wel het saldo van die bijbetalingen en inhoudingen niet meer bedraagt dan 10% van de aannemingsom. Wat betreft de prijs van de bestekswijzigingen: paragraaf 36, lid 4 bepaalt dat de wijzigingen worden verrekend tegen bedragen of prijzen die voor de uitvoering van die wijziging zijn overeengekomen, dan wel indien hun aard dit belet, zo spoedig mogelijk overeen te komen. In deze prijs wordt een winstopslag geacht opgenomen te zijn. In paragraaf 35, lid 5 wordt een regeling gegeven voor het geval het minderwerk het meerwerk overtreft. Deze houdt samengevat in dat de aannemer dan recht heeft op een bedrag gelijk aan 10% van het verschil van de totalen. De controle op het verrichten van meer- en minderwerk is de taak van de door de opdrachtgever aangestelde directie.

³⁴⁶ Van Wijngaarden, Hoofdstukken Bouwrecht deel 13, paragraaf 712.

³⁴⁷ Vergelijk ook de kwestie van de voorgeschreven onderaannemer.

³⁴⁸ Het voorschrijven van een bepaalde leverancier is vaak gelijk te stellen met het voorschrijven van een bepaalde bouwstof, als die leverancier maar over een bouwstof beschikt voor dit doel. Het is verder wel eens lastig om een leverancier niet ook als (voorgeschreven) onderaannemer aan te merken, omdat een leverancier nog wel eens mee werkt aan bijvoorbeeld de installatie. Juridisch maakt het zijn van voorgeschreven onderaannemer of leverancier wel uit. Het voert te ver in dit kader daarop in te gaan.

³⁴⁹ Van Wijngaarden, Hoofdstukken Bouwrecht, deel 5, paragraaf 237.

³⁵⁰ Zie verder, paragraaf 3, lid 8, paragraaf 9, lid 2, paragraaf 17, lid 4, paragraaf 18, lid 4, paragraaf 26, lid 2, paragraaf 27, leden 7 en 8, paragraaf 37, lid 12, paragraaf 43, lid 2 en paragraaf 48, lid 1 UAV 1989.

In paragraaf 27, lid 1, wordt namelijk bepaald dat de directie weekrapporten opstelt, waarin onder andere aantekeningen worden opgenomen over de bestekwijzigingen, meer en minder werk, verwerkte hoeveelheden en stelposten.

Wanneer is er sprake van meerwerk? Natuurlijk als de opdrachtgever met meer eisen komt dan oorspronkelijk onderwerp van de overeenkomst waren. Actueel zijn natuurlijk de aanpassingen vereist aan infrastructurele werken afkomstig van omwonenden of ingegeven door voortschrijdend inzicht op bijvoorbeeld milieugebied. Maar meerwerk kan ook andere oorzaken hebben. Aan de hand van de jurisprudentie zijn de volgende zes gevallen te onderscheiden:³⁵¹

- van de opdrachtgever uitgaande bestekbepalingen of tekeningen die onduidelijk, onvolledig, tegenstrijdig of onjuist zijn;
- tegenstrijdigheid tussen van opdrachtgever afkomstig bestek en tekeningen;
- ander karakter van het werk of een grotere hoeveelheid;
- technisch noodzakelijke wijzigingen;
- onder omstandigheden kunnen herstelwerkzaamheden meerwerk opleveren;
- de omstandigheid dat een werk gesubsidieerd is, betekent niet dat daarom geen sprake van meerwerk kan zijn.

Van Wijngaarden komt vervolgens met een catalogus van negen gevallen waarin zich geen meerwerk voordeed:

- indien de aard van het werk bepaalde werkzaamheden noodzakelijk maakt;
- indien de aannemer had moeten begrijpen dat het beweerde meerwerk tot het aangenomen werk behoorde;
- indien het beweerde meerwerk slechts is gebaseerd op een verwachte afwijking van het bestek;
- indien het beweerde meerwerk is gebaseerd op een onjuiste aanname of een vergissing van de aannemer;
- indien de aannemer op eigen initiatief duurdere werkzaamheden uitvoerde, ook al geniet de opdrachtgever daarvan een zeker voordeel;
- indien er nauwelijks sprake is van meerkosten;
- indien er sprake is van herstel door de aannemer wegens door hem gepleegde wanprestatie;
- indien de aannemer akkoord is gegaan met latere wijziging van het oorspronkelijke werk;
- indien een bepaalde post niet voorkomt in de aan de opdrachtgever bekende begroting van de aannemer, wil dit op zichzelf nog niet zeggen dat het uitvoeren van niet in de begroting genoemd werk leidt tot verrekening van meerwerk.

Er is veel jurisprudentie rond de problematiek van het bewijs van de opdracht tot het meerwerk dan wel de toestemming van de opdrachtgever ertoe.

De huidige wet bepaalt in artikel 7A:1646 BW het volgende:

«Indien een bouwmeester of aannemer op zich genomen heeft om een gebouw bij aanneming te maken, volgens een bestek, met den eigenaar van den grond beraamd en vastgesteld, kan hij geene vermeerdering der arbeidsloonen of bouwstoffen, noch onder dat van gemaakte veranderingen of bijvoegselen die niet in het bestek begrepen zijn, indien die veranderingen of bijvoegselen niet in het bestek begrepen zijn, indien die veranderingen of vergrotingen niet schriftelijk zijn ingewilligd, en over derzelver prijs met den eigenaar geene overeenkomst is getroffen.»

³⁵¹ Ontleend aan Van Wijngaarden, Hoofdstukken Bouwrecht, deel 5, p. 241.

Deze bepaling is van regelen recht en in paragraaf 36, lid 5, UAV 1989 wordt daar dan ook van afgeweken in die zin dat bepaald wordt, dat bestekwijzigingen schriftelijk zullen worden opgedragen, maar het gemis daarvan laat de aanspraken van de aannemer en van de opdrachtgever op verrekening van meer (en minder) werk onverlet.

De wet bepaalt in artikel 7.12.5 het volgende:

«In geval van door de opdrachtgever gewenste toevoegingen of veranderingen in het overeengekomen werk kan de aannemer slechts dan een verhoging van de prijs vorderen, wanneer hij de opdrachtgever tijdig heeft gewezen op de noodzaak van een daaruit voortvloeiende prijsverhoging, tenzij de opdrachtgever die noodzaak uit zichzelf had moeten begrijpen. Van deze bepaling kan niet ten nadele van de opdrachtgever worden afgeweken, behoudens bij een standaardregeling als bedoeld in artikel 6.5.1.2.» (thans: 6:214).

Waar de wetgever in 1838 vertrok van de noodzaak van bescherming van de opdrachtgever tegen aannemers die maar allerlei meerwerk uitvoerden zonder dat daarover overeenstemming was en waarvoor betaald moest worden, gaat de UAV 1989 uit van de noodzaak van de bescherming van de aannemer tegen opdrachtgevers, die meerwerkopdrachten gaven maar nalieten dat van schriftelijk bewijs te voorzien. Beide bepalingen zijn ingegeven door de praktijk en de nieuwe wet geeft blijk van een evenwicht door als uitgangspunt te nemen niet dat er een schriftelijke toestemming moet liggen, maar dat de aannemer moet bewijzen dat hij de opdrachtgever die meerwerk wenst, op de noodzaak van de prijsverhoging wijst. Een uitweg wordt eveneens geboden: dat bewijs hoeft niet door de aannemer geleverd te worden, indien de opdrachtgever die noodzaak uit zichzelf had moeten begrijpen. Dit stelsel legt de praktische last van het bewijs in beginsel op de aannemer, die er ook het meest belang bij zal hebben dat het geleverd wordt. Een regeling als thans in paragraaf 36, lid 5, is neergelegd, is als afwijking in beginsel niet toegestaan. Zou de UAV 1989 echter een standaardregeling worden in de zin van artikel 6:214 BW dan is deze afwijking wel geoorloofd.

5.4.6 Aansprakelijkheid na oplevering

Algemeen

Paragraaf 12 UAV 1989 bepaalt in het eerste lid dat na de oplevering de aannemer niet meer aansprakelijk is voor tekortkomingen aan het werk. Daarop worden in het tweede lid twee uitzonderingen geformuleerd. De aannemer is wel aansprakelijk indien zich het geval van artikel 7A:1645 BW (geheel of gedeeltelijk vergaan van het gebouw) voordoet en in het geval van een verborgen gebrek. Deze uitzonderingen worden in de volgende onderparagrafen kort uiteengezet.

Het geval van artikel 7A:1645 BW

Artikel 7A:1645 luidt als volgt: «Indien een gebouw, voor eenen bepaalden prijs aangenomen en afgemaakt, geheel of gedeeltelijk vergaat door een gebrek in de zamenstelling, of zelfs uit hoofde van de ongeschiktheid van den grond, zijn de bouwmeesters en aannemers daarvoor, gedurende tien jaren aansprakelijk.» Het artikel komt in het nieuwe recht niet terug, wat in de literatuur als een opluchting wordt beschouwd, want er is geen element van deze bepaling waar geen onenigheid over bestaat.³⁵² Het artikel blijft echter relevant zolang de UAV 1989 niet herzien wordt en vandaar dat het nodig is een enkel woord aan deze bepaling te wijden.³⁵³ De heersende leer houdt het erop dat de aansprakelijkheid van de aannemer onder paragraaf 12 j° artikel 7A:1654 BW het volgende inhoudt:

³⁵² Zie voor een uiteenzetting hiervan: M. A. van Wijngaarden, deel 2, paragraaf 87 e.v.; zie ook Van den Berg in *Bouwrecht in kort bestek*, p. 386 e.v.

³⁵³ Zie voor een pleidooi de UAV 1989 te herzien, M. A. B. Chao-Duivis in *BR 2002*, p. 361 e.v.

de BW bepaling is van bewijsrechtelijke aard, als het in artikel 7A:1645 BW bedoelde geval zich voordoet binnen tien jaar na de oplevering, is het aan de aannemer om aan te tonen dat zulks niet het gevolg is van een aan hem toe te rekenen tekortkoming. Ten aanzien van de aansprakelijkheidsduur houdt de termijn van 10 jaar een beperking van de aansprakelijkheid van de aannemer ten opzichte van het BW in (dat een 20 jarige termijn kent).³⁵⁴ Maar een uitbreiding ten opzichte van de hoofdregel van de UAV 1989, inhoudende dat na de oplevering de aannemer ontslagen is van aansprakelijkheid. Een van de andere belangrijke punten waarover gestreden is, is de vraag wat te verstaan onder geheel of gedeeltelijk vergaan. De enge opvatting houdt in dat het gebouw daadwerkelijk instort dan wel dreigt in te storten. In de ruime opvatting is ook sprake van instorting als er sprake is van ernstige gebreken, die evenwel niet noodzakelijkerwijs tot instorten hoeven te leiden. Wel moet er dan sprake zijn van het niet langer aan zijn bestemming kunnen beantwoorden, tenzij het gebrek met eenvoudige middelen is te verhelpen.

Verborgene gebreken

Van een verborgen gebrek is sprake, aldus paragraaf 12, lid 3 UAV 1989 indien ondanks nauwlettend toezicht een gebrek tijdens de uitvoering dan wel bij de opnemings van het werk door de directie redelijkerwijs niet onderkend had kunnen worden. Dit is het probleem van het (falend) directietoezicht. De consequentie van het falen is groot. In beginsel betekent het dat een fout, gemaakt door de aannemer, deze toch niet wordt aangerekend indien de directie het had kunnen onderkennen. Dit probleem is hiervoor al besproken in de paragraaf over het toezicht. De rechtsvordering uit hoofde van een verborgen gebrek is vijf jaar na de oplevering niet meer ontvankelijk.

5.4.7 Conclusie

Het traditionele model heeft het voordeel dat de opdrachtgever veel in eigen hand houdt. Voor een opdrachtgever zal dit model dan ook aangewezen zijn, indien er omstandigheden zijn, die hij zelf om politieke of andere redenen wil beheersen. Het behouden van de invloed brengt noodzakelijkerwijs ook verantwoordelijkheid met zich. De UAV 1989, tot stand gekomen in breed overleg, wordt in de literatuur beschouwd als een evenwichtig geheel. De roep om een herziening is dan ook niet ingegeven door een gebrek aan evenwicht, maar vindt zijn oorzaak in het verouderd zijn van formuleringen, in de praktijk toch gebleken onduidelijkheden alsmede in enkele keuzen die anders zouden kunnen luiden gelet op de kritiek in de literatuur.

5.5 Het bouwteammodel

5.5.1 Inleiding

Een bouwteam wordt gewoonlijk als volgt gedefinieerd: een tijdelijke vorm van samenwerking op voet van gelijkheid tussen vertegenwoordigers van de bouwprocesfuncties initiatief nemen, ontwerpen en uitvoeren, waarbij de deelnemers in gecoördineerd verband de werkzaamheden vervullen die uit de eigen functie voortkomen en daarenboven, waar mogelijk, door het geven van advies medewerken aan de taakvervulling van collega-deelnemers.³⁵⁵ Het voordeel van dit model voor de opdrachtgever, zo wordt traditioneel geleerd, is dat de bouwer meedoet aan de ontwerptafel. Door deze vroege betrokkenheid kunnen uitvoeringskosten worden bespaard in de fase, dat dit ook de meeste

³⁵⁴ Zie artikel 3:311 BW, samengevat: een vordering wegens een tekortkoming verjaart 5 jaar na bekend worden met die vordering door de schuldeiser, en in ieder geval 20 jaar na ontstaan van de tekortkoming.

³⁵⁵ Definitie van M. A. M. C. van den Berg, Samenwerkingsvormen in de bouw, diss. KUB, 1990, p. 214.

zoden aan de dijk zet. Tevens wordt er in de literatuur op gewezen dat de vroege inschakeling van de aannemer het mogelijk maakt dat deze zich reeds vroeg in het werk kan verdiepen, waardoor optimale condities worden geschapen voor een planmatige beheersing van het bouwproces.³⁵⁶ Het voordeel voor de aannemer om een bouwteam mee te werken is gelegen in het feit, dat hem in het vooruitzicht wordt gesteld dat hij na voltooiing van het ontwerp als eerste – en vooralsnog enige – gegadigde een prijsaanbieding zal mogen doen. Het bouwteam is wat dat laatste aspect betreft te beschouwen als een variant van de vraagtechniek van de enkelvoudige uitnodiging.³⁵⁷ Op de verschillende vraagtechnieken of aanbestedingswijzen wordt in paragraaf 5.5.3 ingegaan. Vervolgens wordt ingegaan op de kwestie van de inkoopvoordelen. De aansprakelijkheidsverdeling in het bouwteam heeft in de juridische literatuur veel aandacht getrokken; dit onderwerp komt aan de orde bij paragraaf 5.5.5. Voordat op deze aanbestedingsrechtelijke en contractuele aspecten van het bouwteam wordt ingegaan, wordt de systematiek van dit model uiteen gezet.

5.5.2 Systematiek van het bouwteammodel

Het werken met het bouwteam betekent geen afscheid van het traditionele model in die zin dat ontwerp en uitvoering nu in een hand zouden zijn gekomen. Ook bij het bouwteam gaat het nog steeds om twee gescheiden fasen van ontwerp en uitvoering, welke fasen beide door een eigen contract worden beheerst.³⁵⁸ Het bijzondere aan het bouwteam is echter dat aan de ontwerpafel een aannemer participeert, daarbij zijn uitvoeringskennis inbrengend.

De ontwerpfase wordt in beginsel beheerst door twee soorten contracten. Met de «gewone» ontwerpers – architecten en raadgevend ingenieurs – wordt gecontracteerd op basis van de Standaardvoorwaarden Rechtsverhouding Opdrachtgever-Architect 1997 (SR 1997) en de Regeling van de Verhouding tussen Opdrachtgever en Adviserend Ingenieursbureau (RVOI 2001). Met de aannemer wordt een contract gesloten, waarin de positie van de aannemer tijdens de ontwerpfase is vastgelegd, alsmede zijn vooruitzicht om na het ontwerpen over te mogen tot een aanbieding voor de uitvoering. Voor deze situatie is door VGBouw de Model Bouwteam-Overeenkomst 1992 ontwikkeld.

Is het ontwerp voltooid dan volgt de fase van de uitvoering en deze fase wordt in veel gevallen beheerst door de UAV 1989. Voordat aan de uitvoeringsfase begonnen kan worden, dient de uitvoering van het werk aanbesteed te worden volgens de regels van het aanbestedingsrecht. Het model kent dan ook een duidelijke cesuur.³⁵⁹

Bij het bouwteam gaat het om ontwerpwerkzaamheden en uitvoeringswerkzaamheden. Dat betekent dat, indien de drempelbedragen overschreden worden, de bepalingen uit de Richtlijn Werken en die van Diensten beide in beeld komen. De hoofdregel bij een opdracht die elementen bevat binnen de toepassings sfeer van meer dan een richtlijn, is dat de opdracht onderworpen is aan het regime van de richtlijn die betrekking heeft op het gedeelte van de opdracht dat relatief de grootste waarde vertegenwoordigt.³⁶⁰ Het aantrekken van een bouwteam-aannemer zal, indien sprake is van een aanbestedingsplichtige opdrachtgever en opdracht waarvan de waarde boven de drempel ligt, dan ook altijd beheerst worden door de Richtlijn Werken.³⁶¹ De waarde van de werkzaamheden in de uitvoering te verrichten door de bouwteam-aannemer zal immers die van zijn ontwerpwerkzaamheden overtreffen.

De systematiek van het bouwteam ziet er samengevat als volgt uit:

- Keuze «gewone» ontwerpers: deze keuze zal door de overheid conform

³⁵⁶ Ibid., p. 234.

³⁵⁷ Ibid., p. 398/399.

³⁵⁸ Uiteraard zijn er in beide fasen contracten met meer dan een partij, omdat in de ontwerpfase meer dan een ontwerper betrokken is bij het ontwerp en mogelijk ook meer dan een aannemer, omdat meer disciplines nodig zijn. Hetzelfde geldt in de uitvoeringsfase, waar ook meer dan een aannemer bij het werk betrokken zal kunnen zijn. Waar het om gaat is dat beide fasen contractueel gescheiden zijn.

³⁵⁹ Het is uiteraard denkbaar dat een opdrachtgever een aannemer zou willen aantrekken alleen voor het inbrengen van zijn uitvoeringskennis in de ontwerpfase. Dan is sprake van alleen ontwerpwerkzaamheden en zou mogelijk de Richtlijn Diensten in beeld komen indien de waarde van de alsdan te leveren diensten boven de drempel zou komen. In de praktijk komt dat niet voor. Aan een vergelijkbare problematiek wordt aandacht besteed door A. Z. R. Koning, *Werken in Bouwteam*, BR, 2002, p. 376/377. Zij gaat in op de consequenties indien de uitvoering van het werk uiteindelijk toch niet aan de mee-ontwerpde aannemer wordt gegund.

³⁶⁰ Pijnacker Hordijk, E. H. en G. W. van der Bend, *Aanbestedingsrecht*, Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht, 1999, p. 102; schrijvers wijzen op de uitzondering, bespreking daarvan gaat dit bestek te buiten.

³⁶¹ Althans, de aanbesteder doet er verstandig aan volgens deze Richtlijn te werk te gaan, omdat er immers vanuit gegaan zal worden dat een werk op enigerlei moment aanbesteed wordt en het niet blijft bij ontwerpwerkzaamheden alleen. Zie voor de complicaties als het niet tot aanbesteding van het werk komt, de genoemde bijdrage van Koning.

- de toepasselijke aanbestedingsregelgeving (richtlijn Diensten) plaats dienen te vinden indien de drempel wordt overschreden.
- Keuze van de (mee-ontwerpde) aannemer: deze keuze zal door de overheid conform de toepasselijke aanbestedingsregelgeving (Richtlijn Werken indien de drempel wordt overschreden, zie het UAR-EG 1991, c.q. UAR 2001) plaats dienen te vinden.
- De tot stand gekomen contractuele relatie in de ontwerpfase met «gewone» ontwerpers wordt beheerst door SR 1997 en RVOI 2001; met de ontwerpde aannemer in veel gevallen door het VGBouw-model (dan wel een contract, dat daarmee gelijkenis vertoont).
- Aanbesteding van de uitvoering (voortzetting van het reeds met de keuze van de ontwerpde aannemer in gang gezette proces): volgens het VGBouw-model al dan niet in samenhang met de toepasselijke aanbestedingsregelgeving of zonder dat model met toepassing van een van de aanbestedingsreglementen.
- Contracten in de uitvoeringsfase: met de toezicht voerende ontwerpers (directie): SR 1997 en RVOI 2001; met de aannemer: UAV 1989.

5.5.3 Aanbestedingsrechtelijke aspecten van het bouwteammodel

Algemeen

Hierna zal met name worden ingegaan op de keuze van de mee-ontwerpde aannemer en de uitvoerende aannemer in het bouwteammodel.³⁶² Van den Berg³⁶³ omschrijft de bouwteammethode als een variant van de enkelvoudige aanbesteding, dat is de aanbesteding waarbij de aanbesteder zich rechtstreeks wendt tot een bepaalde gegadigde om deze uit te nodigen een prijsaanbieding te doen ter zake van een door de aanbesteder bepaald werk.³⁶⁴ Ook bij een bouwteam wordt namelijk een door de aanbesteder geselecteerde gegadigde in de gelegenheid gesteld om buiten directe mededinging van andere gegadigden een prijsaanbieding te doen voor de uitvoering van een bepaald werk. Of het werk gegund wordt, is afhankelijk van het bereiken van overeenstemming over de bouwsom.³⁶⁵ Het bijzondere zit hierin, aldus nog steeds Van den Berg, dat deze gegadigde reeds in een adviserende rol betrokken is geweest bij de ontwikkeling van het plan voor de bouw. De schrijver wijst er uitdrukkelijk op dat de aanbestedingsprijs buiten directe mededinging om tot stand is gekomen.³⁶⁶ Desalniettemin zou van latente mededinging toch sprake zijn, omdat de aanbesteder de mogelijkheid heeft de relatie met de uitvoerder in spe te verbreken als niet tot prijsovereenstemming wordt gekomen. Zie daarover verder de subparagraaf gewijd aan de niet-Europese aanbesteding. De procedure van openbare aanbesteding met voorafgaande selectie zou zich goed lenen voor het inbedden van deze aanbestedingswijze, aldus Van den Berg. Een variant op deze figuur wordt door hem ook beschreven: de figuur waarbij de gunning van een werk niet afhankelijk wordt gesteld van het bereiken van overeenstemming over de bouwsom, maar waarbij de aannemer direct opdracht gegeven wordt voor de bouw van een voorlopig nog globaal aangeduid werk tegen een later te bepalen prijs, onder de afspraak dat de nadere detaillering en de vaststelling van de prijs geschieden volgens de regels neergelegd in een raamcontract.^{367, 368} Op deze figuren zal later worden teruggekomen.

De rijksoverheid als aanbesteder in een bouwteam-situatie

Wat zijn de mogelijkheden voor de overheidsopdrachtgever om een werk dat in een bouwteam zal worden ontworpen aan te besteden?^{369, 370} Hierna wordt kort uiteengezet welke aanbestedingsprocedures bruikbaar zijn voor het aanbesteden van een bouwteamwerk en welke procedure de

³⁶² Het betoog beperkt zich tot de keuze van de aannemer als enerzijds mee ontwerpde en anderzijds als uitvoerende. De keuze van de gewone ontwerpers blijft hier buiten beschouwing, omdat die keuze niet anders is dan onder een traditioneel contract (zie paragraaf 5.4).

³⁶³ Ibid., p. 233.

³⁶⁴ Een alternatieve term voor enkelvoudige uitnodiging is gunning uit de hand.

³⁶⁵ Van den Berg, op.cit., p. 214.

³⁶⁶ Van den Berg, op.cit., p. 234.

³⁶⁷ De schrijver gebruikt de termen raamovereenkomst en raamcontract door elkaar. Een raamovereenkomst is echter een overeenkomst waarbij de opdrachtgever zich niet bindt jegens de opdrachtnemer. Bij een raamcontract bindt de opdrachtnemer zich daarentegen in meer of mindere mate gespecificeerde nadere opdrachten uit te voeren tegen meer of minder gespecificeerde voorwaarden, terwijl de opdrachtgever zich verbindt deze nadere opdrachten in beginsel bij de opdrachtnemer te plaatsen. Zie Pijnacker Hordijk en Van der Bend, op.cit., p. 65/66. Van den Berg heeft, mag men aannemen, het oog op raamcontracten. In de praktijk gebruikt men ook wel de term mantelovereenkomsten in plaats van raamcontracten.

³⁶⁸ Van den Berg, op.cit., p. 215, zie verder p. 270.

³⁶⁹ Zie naast het werk van Van den Berg, in het bijzonder: Koning, op.cit., BR 2002, p. 370 e.v., waar de schrijfster ingaat op de aanbestedingsrechtelijke problematiek rond het bouwteam.

³⁷⁰ Buiten beschouwing latend de vraag naar het aanbesteden van de ontwerpwerkzaamheden zelf.

meest geëigende lijkt. Daartoe wordt ingegaan op de moeilijkheden, die men daarbij tegenkomt.

Niet-Europese aanbesteding: algemeen

De rijksoverheid zal een werk waarvan het geraamde bedrag onder de drempel van de richtlijn Werken valt, moeten aanbesteden overeenkomstig de openbare aanbestedingsprocedure of de procedure van aanbesteding met voorafgaande selectie (artikel 2, lid 1 Beleidsregels). Op deze hoofdregel bevat het tweede lid van artikel 2 Beleidsregels een aantal uitzonderingsgevallen, waarin van een openbare aanbesteding of een aanbesteding met voorafgaande selectie kan worden afgezien. Deze uitzonderingssituaties zijn:

- a. «zich een van de gevallen voordoet als bedoeld in artikel 7, tweede en derde lid, van richtlijn 93/37/EEG, dan wel het een werk betreft als bedoeld in artikel 4, onderdeel b, van die richtlijn;
- b. het een werk betreft voor de uitvoering waarvan het geraamde werk minder bedraagt dan f 3 000 000,- (thans ongeveer € 1 361 000,-).³⁷¹
- c. goede gronden doen verwachten dat openbare aanbesteding of aanbesteding met voorafgaande selectie niet in het financieel belang van de staat zal zijn;
- d. aan het werk te stellen bijzondere eisen bij openbare aanbesteding of aanbesteding met voorafgaande selectie niet tot hun recht zouden kunnen komen;
- e. het werk van zodanige aard is dat toezicht en keuring na de gereedmaking geen afdoende waarborg van deugdelijkheid verschaffen;
- f. een bijzondere aanbieding is ontvangen, waarvan de aanvaarding in het belang van de staat is.»

Doet zich een uitzonderingsgrond voor, dan wordt aanbesteed nadat daartoe een onderhandse aanbesteding dan wel een onderhandse aanbesteding na selectie is gehouden, aldus artikel 2, lid 3 van de Beleidsregels. Dit betekent in de praktijk, zo is in de literatuur opgemerkt, dat in een niet onaanzienlijk aantal gevallen van de verplichte toepassing van de openbare procedures (hierna ook wel de gewone procedures genoemd) kan worden afgezien.³⁷² Als deze opmerking juist is, zou een deel van de moeilijkheden waarop men stuit bij de aanbesteding via de openbare procedures van een bouwteamwerk ontweken kunnen worden door toepassing van een van de onderhandelingsprocedures. In artikel 3 Beleidsregels wordt nog de mogelijkheid geopend om in geval een aanbesteding ondoelmatig wordt geoordeeld, af te zien van een aanbesteding en uit de hand te gunnen, maar naar verwachting zal dit geval zich niet snel voordoen.³⁷³

Loopt men de uitzonderingsgronden met het oog op het bouwteam na, dan levert dat het volgende beeld op.

De uitzonderingsgronden genoemd in de Richtlijn Werken artikel 7 tweede en derde lid: in het kader van het bouwteam lijkt alleen het bepaalde in artikel 7, tweede lid, onder c, van belang te zijn. Die bepaling ziet op buitengewone gevallen. Dat zijn werken waarvan de aard en de onzekere omstandigheden een vaststelling vooraf van de totale prijs niet mogelijk maken. Betoogd zou kunnen worden dat nu de aannemer inschrijft op een werk, waarvan alleen nog maar een globale aanduiding voorhanden is (de bouwteam-aannemer gaat immers mee ontwerpen), er sprake is van onzekere omstandigheden, die een vaststelling vooraf van de totale prijs niet mogelijk maken. De vraag is echter of er sprake is van omstandigheden die de vaststelling van een totale prijs «niet mogelijk maken» dan wel alleen maar *bemoeilijken*. In de literatuur is op de vraag wat bijzon-

³⁷¹ Zie regeling van 16 november 2001, Stcrt. 242.

³⁷² Hebly, J.M., De aanbesteding met voorafgaande selectie en het UAR 2001, BR 2002, p. 2.

³⁷³ Ibid.

dere gevallen zijn, ingegaan in het kader van het Europese aanbestedingsrecht. Maar de vraag is evenzeer relevant voor het niet-Europese aanbestedingsrecht gezien de weergegeven bepaling van de Beleidsregel. De literatuur³⁷⁴ is niet eenduidig. Zo merken Pijnacker Hordijk en Van der Bend³⁷⁵ op, dat deze grond in ieder geval niet ingeroepen kan worden vanwege het enkele feit dat de totale prijs van de opdracht niet kan worden gefixeerd. Zij achten het echter wel denkbaar – maar dan gaat het wel per definitie om het Europese aanbestedingsrecht en niet meer om het niet-Europese aanbestedingsrecht – dat de bepaling kan worden ingeroepen voor bijvoorbeeld grote onroerendgoedprojecten waarbij de verdeling van risico's tussen opdrachtgever en projectontwikkelaar – die bij de prijsstelling een cruciale factor pleegt te zijn – niet eenzijdig in een bestek kan worden vastgesteld, maar redelijkerwijs voorwerp van onderhandelingen zou moeten kunnen zijn. De bepaling zou verder ingeroepen kunnen worden in het geval dat de aanbesteder het bestek redelijkerwijs niet kan uitwerken, omdat het om werken gaat die innovatief van aard zijn. Dit geval kan zich uiteraard weer wel onder het niet-Europese aanbestedingsrecht voordoen. En letterlijk merken zij over het bouwteam op: «Verdedigbaar is dat de uitzonderingsgrond moet kunnen worden ingeroepen met het oog op de vorming van een bouwteam bij gecompliceerde projecten, teneinde de aanbesteders in staat te stellen in een zo vroeg mogelijk stadium van het project de private partners te kunnen selecteren.» De schrijvers wezen evenwel eerder in dit kader op de restrictieve uitleg van het Hof van Justitie van de EG inzake de uitzonderingsbepalingen.³⁷⁶ Aangenomen lijkt te moeten worden, dat de restrictieve uitleg van het Hof gevolgd zal worden, waar het gaat om uitleg van vergelijkbare bepalingen die van toepassing zijn in het niet-Europese aanbestedingsrecht. Met andere woorden: ook bij aanbestedingen onder de drempel zou volgens deze redenering uiterst terughoudend omgegaan moeten worden met de mogelijkheid gebruik te mogen maken van een andere procedure dan de openbare procedure of die met voorafgaande selectie. Maar Pijnacker Hordijk en Van der Bend zien daarentegen meer mogelijkheden.

C.E.C. Jansen lijkt in zijn preadvies vooral de restrictieve uitleg van het Hof voor ogen te hebben.³⁷⁷ Hij wijst erop dat de overheid in het algemeen de hoogte van het budget van tevoren vaststelt en als zij dat niet kan, kan zij een beroep doen op externe adviseurs. Met de openbare of niet-openbare procedure is de markt dus te benaderen om een, van een vaste prijs voorziene, oplossingsrichting aan te bieden. Dat daarmee niet de optimale prijs te behalen is, aldus nog steeds deze schrijver, is geen rechtvaardiging voor de toepassing van de onderhandelingsprocedure. Artikel 7, lid 2, onder c, Richtlijn Werken biedt zijns inziens dan ook geen oplossing. Deze opmerkingen doortrekkend naar het bouwteammodel zal de conclusie zijn dat de bruikbaarheid van deze uitzonderingsgrond, om op basis daarvan uit te wijken naar de onderhandelingsprocedure, voor het bouwteam werk op zijn minst dubieus te noemen.

De uitzondering van artikel 4, onder b, van de richtlijn Werken betreft werken, die geheim zijn verklaard met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard gaan. Dit zijn atypische gevallen en worden hier gelaten voor wat ze zijn.

De uitzondering van artikel 2, tweede lid, onder b, van de Beleidsregels (opdrachten beneden de f 3 000 000) biedt zeker mogelijkheden om kleinere werken, die in bouwteam tot stand dienen te komen, aan te besteden via de onderhandelingsprocedures. Maar ook hier gelden

³⁷⁴ De bespreking in de literatuur vond plaats in het kader van het Europese aanbestedingsrecht, maar dat maakt op dit punt voor het niet-Europese aanbestedingsrecht in beginsel niet uit.

³⁷⁵ Pijnacker Hordijk en Van der Bend, op.cit., p. 126/127.

³⁷⁶ Ibid., p. 119.

³⁷⁷ Het preadvies, getiteld Totstandkoming en inhoud van design & construct-contracten voor complexe infrastructurele projecten, Vereniging van Bouwrecht, 2002, gaat weliswaar over design and construct-contracten en over het Europese aanbestedingsrecht dus niet over het bouwteammodel en over het niet-Europese aanbestedingsrecht, maar dat maakt op dit punt zoals al in de tekst eerder uiteengezet niet uit.

uiteraard de algemene beginselen van transparantie, non-discriminatie en objectiviteit, die immers ook dit deel van het aanbestedingsrecht beheersen al zit men ver onder de drempel.

Artikel 2, tweede lid, onder c, opent de mogelijkheid om van de onderhandelingsprocedure gebruik te maken, indien er goede gronden zijn die doen verwachten dat een openbare aanbesteding of een met voorafgaande selectie niet in het financieel belang van de staat zal zijn. De bruikbaarheid van deze grond lijkt ook twijfelachtig. Om dit te adstrueren, zal inhoudelijk op het bouwteam ingegaan moeten worden. De reden voor de twijfel is dat in de literatuur serieuze twijfels zijn geuit omtrent de prijsvorming in een bouwteam situatie bij de aanbesteding met voorafgaande selectie. De positie van de ontwerpende aannemer is namelijk een bijzondere sterke als gevolg van zijn betrokkenheid bij het ontwerpen. Onder het UAR 2001 – en onder het UAR 1986 was dat niet anders – kan de aanbesteding met voorafgaande selectie met zich brengen dat slechts één aannemer geselecteerd wordt met wie een bouwteam overeenkomst wordt aangegaan. Deze mag dan aan het eind van ontwerptraject een prijsaanbieding te doen. Aangezien dat de situatie is waar de opdrachtgever naar toe wil (met meer dan een aannemer aan de ontwerptafel zitten, komt in de praktijk niet voor)³⁷⁸ bevindt de bouwteam-aannemer zich ten tijde van het uitbrengen van de prijsaanbieding voor het werk in een eenzame positie (één-op-één relatie) zonder concurrentie. Van den Berg wijst dan ook zeer uitdrukkelijk op dit punt. Weliswaar is de aannemer geselecteerd in een aanbestedingsprocedure waartoe een ieder was uitgenodigd en heeft de opdrachtgever zich het recht voorbehouden het werk niet door de bouwteam-aannemer te laten uitvoeren als men niet tot prijsovereenstemming komt.³⁷⁹ Maar door het ontbreken van de concurrentie bij het uitbrengen van de prijs voor het werk is de druk om een scherpe prijs neer te zetten minder groot. Daardoor mist de aanbesteder een vergelijkingsmogelijkheid, die hij wel heeft als er meer aanbieders zijn. Tevens speelt hier het psychologische argument, dat het menig opdrachtgever niet mee zal vallen niet met de aannemer in zee te gaan, die reeds enige tijd bij het project betrokken is geweest. Om nog maar te zwijgen van het verlies aan tijd dat veroorzaakt wordt door het aantrekken van een andere aannemer.

Enige nuancerings is hier overigens wel op zijn plaats. Van den Berg zet namelijk uiteen dat door het vragen van een open begroting en het vastleggen van omslagpercentages voor bepaalde werkzaamheden en leveranties, eenheidsprijzen en vooraf afgesproken percentages voor algemene kosten en winst de prijsvorming binnen de perken is te houden.³⁸⁰

En wat de controle van de door de aannemer te noemen prijs betreft: is er sprake van een professionele opdrachtgever, dan zal deze kostendeskundigheid in huis (moeten) hebben of deze extern inschakelen. De opdrachtgever kan dus zelf een goed beeld hebben van wat een reële prijs is. Maar toch bekijkt Van den Berg deze gang van zaken met argusogen. De genoemde factoren zullen niet kunnen verhinderen, zo merkt hij op, dat het mogelijk blijft dat door aanbesteding onder meer gegadigden een zodanige concurrentie wordt uitgelokt, dat een marktprijs tot stand komt die overeenkomt met (of zelfs lager is dan) de kostprijs in een bouwteam-situatie. Dit zo zijnde, lijkt er geen financieel belang van de staat te zijn dat noopt tot het gebruik van een procedure die zo mogelijk de concurrentie nog verder beperkt.^{381, 382}

³⁷⁸ Evenmin komt het in de praktijk van overheidsaanbesteding voor dat er in parallelle teams wordt ontworpen met steeds een andere aannemer, wat buiten de overheid wel voorkomt. Ten overvloede zij toegevoegd, dat in die laatste praktijk de betrokkenen hun bestede uren in rekening brengen.

³⁷⁹ Van den Berg, op.cit., p. 235.

³⁸⁰ Ibid., p. 235.

³⁸¹ Terzijde: Van den Berg, op.cit., p. 234, betoogt dat het werken in een bouwteam kostenbesparend werkt omdat de kennis van de aannemer reeds meegenomen wordt bij het ontwerp en de aannemer zich reeds in een vroeg stadium in het werk kan verdiepen. Daardoor worden optimale condities geschapen voor een planmatige beheersing van het bouwproces. Het zou om deze redenen voordelig zijn om met het bouwteam te werken. Een kanttekening is op zijn plaats. Wanneer de uitvoeringskennis is ingebracht in het ontwerp, is er geen dwingende reden om met de bouwteamaannemer verder te gaan. Het ontwerp zou in theorie door iedere aannemer uitgevoerd kunnen worden. De reden om toch voor de bouwteam-aannemer te kiezen lijkt onder andere ingegeven te zijn door het idee dat zonder het vooruitzicht op het werk, de aannemer «gedegradeerd» is tot een raadgevend ingenieur, waardoor er wellicht minder belangstelling zal zijn of minder enthousiasme tijdens de ontwerpwerkzaamheden. Het tweede voordeel is nog nooit gekwantificeerd; wel lijkt dat voordeel reëel indien gewerkt wordt met deelbestekken. In de praktijk proeft men ook wel eens aarzelingen omtrent de financiële voordelen die het werken in een bouwteam zou realiseren. Grote sceptis spreekt zelfs uit de wel eens gehoorde opmerking, dat het bouwteam een methode is om de opdrachtgever vast aan de hoge prijs te laten wennen.

³⁸² Overigens is er in de literatuur een oplossing bedacht om in het kader van de procedure met de voorafgaande selectie toch meer concurrentie in te bouwen.

Artikel 2, lid 2, onder d (aan het werk³⁸³ te stellen bijzondere eisen): nu de procedure met voorafgaande selectie onder het UAR 2001, dat van toepassing is voor werken onder de Europese drempel, het mogelijk maakt om met slechts één aannemer na de selectie verder te gaan (zie artikel 27, onder het UAR 1986 gold hetzelfde), is niet goed in te zien waarom de bijzondere eisen die aan het werk gesteld worden voorzover deze met het bouwteammodel te maken hebben, niet tot hun recht zouden kunnen komen bij de gewone procedures.

Artikel 2, lid 2, onder e (toezicht geen voldoende waarborg): deze grond lijkt niet relevant voor de onderhavige problematiek van het bouwteam.

Artikel 2, lid 2, onder f (bijzondere aanbidding): deze mogelijkheid kan zich ook bij een bouwteam voordoen. Ervan uitgaande dat ook deze bepalingen restrictief gebruikt zullen moeten worden, lijkt dit geen voor de hand liggende reden op te leveren, waarom in het geval van de wens met een bouwteam te willen werken, afgezien zou kunnen worden van de gewone procedures.

Concluderend: bieden de Beleidsregels veel mogelijkheden om in geval van een bouwteam keuze af te zien van de openbare aanbesteding of een aanbesteding met voorafgaande selectie? Het antwoord lijkt ontkennend te moeten luiden. De meest reële mogelijkheid om van deze procedures af te zien, wordt geboden in het geval het gaat om werken onder de drie miljoen gulden. De aanbestedingsrechtelijke vraag is beperkt tot de kwestie of het wenselijk is dat een bouwteam wordt aanbesteed in een openbare procedure dan wel in een procedure met voorafgaande selectie. Op deze keuze wordt thans kort ingegaan.

Niet-Europese aanbesteding: de openbare aanbesteding

Bij de, algemeen bekend te maken, *openbare aanbesteding* kan een ieder inschrijven, zie artikel 5 UAR 2001. In de bekendmaking wordt, volgens artikel 6, lid 2, onder d, een korte omschrijving van het werk opgenomen en verder is er een bestek beschikbaar³⁸⁴, dan wel wordt aangegeven wanneer dat beschikbaar zal zijn. De procedure voltrekt zich in één ronde: na de bekendmaking wordt ingeschreven en volgt de gunning. Door Van den Berg zijn de volgende nadelen van de openbare aanbesteding genoemd: prijsbederf dreigt, waarmee samenhangen de risico's van levering van gebrekkige kwaliteit, forceren van meerwerk en mogelijk een tussentijds faillissement van de aannemer, omdat hij zijn prijs te laag heeft gesteld door de concurrentie.³⁸⁵ Daarnaast is er het probleem van de kostenverhoging als gevolg van het – ten tijde van het verschijnen van het proefschrift van Van den Berg in 1991 nog toegestaan – afwentelen op de aanbestede van de calculatiekosten via opzetcontracten.^{386, 387} Het moge zo zijn, aldus Van den Berg, dat het nuttig en redelijk is dat de inschrijver zijn kosten vergoed krijgt, maar daarmee is nog niet gezegd dat het ook doelmatig is om een aanbestedingsvorm te kiezen, die aanleiding kan geven tot een cascade van op zich gerechtvaardigde vergoedingen: «Het geld dat daarmee gemoeid is, zou beter ten nutte van het werk zelf kunnen worden aangewend.»³⁸⁸ Tevens wijst Van den Berg³⁸⁹ erop dat de openbare procedure dan wel het voordeel van de gelijkheid bij de inschrijving heeft, maar dat de kans op het verwerven van de opdracht juist zeer ongelijk is. Het is voor een bedrijf dat gewend is goede kwaliteit te leveren moeilijk om het op te nemen tegen een bedrijf dat er op gericht is in te schrijven tegen scherpe prijzen, waarin het leveren van (dienovereenkomstige) marginale kwaliteit verdisconteerd is.³⁹⁰ De openbare procedure wordt dan ook niet als aangewezen procedure in de literatuur gezien.

³⁸³ Onder werk moet volgens de definitielijst ook begrepen worden eventueel het ontwerp.

³⁸⁴ Een bestek wordt in de definitielijst van artikel 1, onder g, van het UAR 2001 omschreven als: beschrijving van het werk, de daarbij behorende tekeningen en de voor dat werk geldende voorwaarden.

³⁸⁵ Van den Berg, op.cit., p. 237.

³⁸⁶ Van den Berg nam in zijn proefschrift, t.a.p., stelling tegen het zijns inziens «lucht-hartig» wegwuiven door J. Spier in diens dissertatie van 1981, p. 47, van de kostenverhoging die het gevolg is van de afwenteling van de calculatiekosten op de aanbestede. Spier stelde dat opzetcontracten een nuttige en redelijke functie vervullen al was het maar omdat de niet uitverkoren aannemers op die wijze hun kosten, gemaakt ten behoeve van de inschrijving, vergoed krijgen.

³⁸⁷ De opmerkingen inzake de kostenvergoedingen van Van den Berg zijn onder het UAR 2001 wederom relevant nu dit reglement het in artikel 42 mogelijk maakt dat deze vergoed worden. Volledigheidshalve zij er op gewezen, dat onduidelijk is hoe op Europees niveau tegen deze regeling wordt aangekeken. Op vragen in het Europees Parlement, gesteld op 21 februari 2002, E-588/02, naar onder andere de strijdigheid van de rekenvergoeding met het bepaalde in artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag, is namens de Commissie door de heer Monti geantwoord, nadat de veroordeling van 5 februari 1992 werd aangehaald, dat een nationale regeling waarbij rekenvergoedingen verplicht zouden worden gesteld strijdig zou kunnen zijn met het communautaire recht; een definitief standpunt kon de Commissie vooralsnog niet innemen zolang de details van de regeling niet bekend zijn. In dit antwoord trekt het feit de aandacht dat gesproken wordt van mogelijke strijdigheid indien er sprake is van een verplichting. Immers artikel 42 UAR 2001 bevat geen verplichting.

³⁸⁸ Van den Berg, op.cit., p. 238.

³⁸⁹ Ibid.

³⁹⁰ Dit lijkt overigens meer een bezwaar tegen het gunningscriterium «de laagste prijs» dan tegen de openbare procedure. Ook bij de aanbesteding met voorafgaande selectie kan van dit criterium gebruik gemaakt worden.

Niet-Europese aanbesteding: de niet-openbare aanbesteding ofwel aanbesteding met voorafgaande selectie

De niet-openbare aanbesteding ofwel aanbesteding met voorafgaande selectie is een aanbesteding met twee ronden, die ook algemeen bekend wordt gemaakt, zie artikel 27 UAR 2001. Iedereen kan zich na de bekendmaking als gegadigde aanmelden, maar de opdrachtgever selecteert daarna één of meer gegadigden die tot de inschrijving worden toegelaten. Deze korte karakteristiek laat zien, dat dit model openingen biedt voor het aanbesteden van een bouwteam. Het is immers mogelijk om maar één aannemer te selecteren om een prijsaanbieding te doen.³⁹¹ En deze zou daartoe uitgenodigd kunnen worden na afloop van de ontwerpwerkzaamheden. De inschrijving die alsdan gedaan zal worden hoeft overigens door de opdrachtgever niet aanvaard te worden. De aanbesteder mag immers conform artikel 24, lid 9, afzien van gunning indien hij daarvoor goede gronden heeft³⁹² en vooraf is afgesproken dat de tot het doen van een aanbieding uitgenodigde aannemer, vooralsnog als eerste en enige, een aanbieding mocht doen.

Dit model noopt tot kanttekeningen, die ten dele hiervoor bij de bespreking van de mogelijkheden om van de onderhandelingsprocedure gebruik te kunnen maken ook al aan de orde zijn geweest. Indien maar met één geselecteerde aannemer verder is gegaan, is er het risico van het ontbreken van directe concurrentie bij de prijsvorming op het moment van de inschrijving.³⁹³ Daar komt bij, dat het ontwerp nu mede het stempel draagt van de aannemer, waarmee het risico aanzienlijk is dat althans ten dele *toe-ontworpen* zou kunnen zijn naar oplossingen alleen door deze aannemer te verwezenlijken.³⁹⁴ Het kan daardoor als feitelijk nog zeer moeilijk ervaren worden toch nog afscheid te nemen van deze aannemer. Verder is er de problematiek van de zogenaamde «Chinese walls»,³⁹⁵ de problematiek van de verstrengeling van de belangen van de inschrijvers: de mee-ontwerpende aannemer, die mag gaan inschrijven na zijn ontwerpactiviteiten is per definitie een belanghebbende bij de betrokken opdracht.³⁹⁶ Tot slot is er bij dit model de vraag naar het gunningscriterium. De aannemer is wel uit meer aannemers geselecteerd, maar gunning van het werk is afhankelijk gesteld van het bereiken van overeenstemming over de prijs. De gunningscriteria – de laagste prijs en de economisch meest voordelige aanbieding – impliceren een vergelijking, die niet plaatsvindt als maar één aannemer is geselecteerd.³⁹⁷ Samenvattend: de aanbesteding met voorafgaande selectie biedt een praktische mogelijkheid om één mee-ontwerpende bouwer aan te trekken, maar de concurrentie die ook dit model zou moeten oproepen is niet voor het volle pond aanwezig. Dit zou strijdig kunnen zijn met de algemene beginselen die ook het niet-Europese aanbestedingsrecht beheersen.

Europees aanbesteden

Gaat het om een werk dat boven de drempel van de Richtlijn Werken komt, dan zal in beginsel openbaar of niet-openbaar met voorafgaande selectie aanbesteed moeten worden, zie artikel 6, lid 1, Richtlijn Werken. De uitzonderingen om van een andere procedure gebruik te kunnen maken, stuiten op vergelijkbare obstakels als bij de niet-Europese aanbesteding aan de orde zijn geweest. Het Europese aanbestedingsrecht kent voor de aanbesteding van het bouwteam enkele relevante afwijkingen van het niet-Europese aanbestedingsrecht:

- In geval van de aanbesteding met voorafgaande selectie volgens artikel 34, tweede lid UAR-EG 1991 mogen niet minder dan vijf gegadigden tot de inschrijving toegelaten worden. Dit hoeft niet per se te betekenen dat met minstens vijf aannemers aan de ontwerptafel

³⁹¹ Voor wat betreft de niet-Europese aanbesteding wordt in navolging van de dissertatie van Van den Berg uitgegaan van de situatie dat reeds in een vroeg stadium met één aannemer wordt verdergegaan.

³⁹² De commotie die is ontstaan naar aanleiding van dit artikel komt hier niet aan de orde.

³⁹³ Zie Van den Berg, op.cit., p. 234/235.

³⁹⁴ Het zou dan ook aanbeveling verdienen om in de bouwteamovereenkomst een bepaling op te nemen vergelijkbaar met artikel 5, lid 1, RVOI 2001, waar van het adviesbureau wordt gezegd dat hij alles zal vermijden wat de onafhankelijkheid van zijn advies kan schaden; de SR 1997 kennen een vergelijkbare bepaling in artikel 11: «De architect is gehouden bij de vervulling van de opdracht de opdrachtgever onafhankelijk en deskundig in een vertrouwenspositie als adviseur terzijde te staan. Hij behartigt de belangen van de opdrachtgever naar beste weten en kunnen, in het besef niet alleen verantwoordelijk te zijn jegens zijn opdrachtgever, maar ook tegenover de samenleving en zijn collega's.»

³⁹⁵ De vergelijking met de Chinese muur is treffend, immers waar de Chinese muur erop gericht was de barbaren buiten het land te houden, is de muur in het aanbestedingsrecht erop gericht diegenen die belang hebben bij de opdracht en in de fase voorafgaande aan de aanbesteding betrokken zijn geweest bij de voorbereiding buiten te houden.

³⁹⁶ Zie over deze kwestie Pijnacker Hordijk en Van der Bend, op.cit., p. 303 e.v.

³⁹⁷ Zie ook nog B. van den Berg, op.cit., p. 116, waar hij op de problematiek van het gunningscriterium ingaat betreffende het gebruik van het bouwteam bij ondergronds bouwen. Hij wijst nog op de onmogelijkheid om maatgevende eenheden te benoemen voor de aanvang van het ondergronds bouwen.

gewerkt moet worden en ook niet dat gegund moet worden op een moment dat er nog geen ontwerp gereed is. Op de in de literatuur gedane suggestie in het vergelijkbare kader van de design & construct-contracten, waarmee aan dit praktische probleem kan worden ontkomen, wordt hieronder ingegaan.

- Een tweede verschil met de niet-Europese aanbesteding is dat de Richtlijn Werken een bepaling speciaal gewijd aan het bouwteam kent: in artikel 9 is een voorziening opgenomen voor het bouwteam in het kader van de sociale woningbouw.³⁹⁸ Bepaald wordt dat teneinde die aannemer te kiezen die het meest geschikt is om in het team opgenomen te worden, een bijzondere procedure voor de gunning kan worden toegepast. De procedure waar de opstellers van de richtlijn het oog op hebben, wordt overigens niet genoemd. Het artikel geeft verder wel aanwijzingen omtrent de aankondiging van de opdracht en tevens wordt bepaald dat de regels inzake de bekendmaking en de kwalitatieve selectie zoals van toepassing bij de niet-openbare procedure in acht genomen moeten worden. Voor alle werken die vallen buiten de sociale woningbouw is deze bepaling niet relevant. Er wordt hier dan ook verder geen aandacht aan besteed.
- Het derde punt waarin het Europese aanbestedingsrecht zich onderscheidt van het niet-Europese aanbestedingsrecht inzake het bouwteam betreft de Richtlijn Nutssectoren. Volgens artikel 20, lid 1, jo artikel 1, lid 7, van die Richtlijn staat het de aanbesteder van opdrachten die onder die Richtlijn vallen vrij om openbaar aan te besteden, niet-openbaar of door middel van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. De laatste procedure wordt in artikel 40 UAR-EG 1991 omschreven³⁹⁹ als de aanbesteding die algemeen bekend wordt gemaakt en waarbij een ieder zich als gegadigde kan aanmelden, waarna de aanbesteder met door hem zelf gekozen gegadigden overleg pleegt, en via onderhandelingen met een aantal van hen de contractuele voorwaarden vaststelt. Dit aantal bedraagt ten minste drie, op voorwaarde dat er voldoende geschikte gegadigden zijn. In de Richtlijn Nutssectoren heet deze procedure: procedure van gunning via onderhandelingen met voorafgaande oproep tot mededinging. Wat belangrijker is: de richtlijn noemt hierbij geen minimum-aantallen. Wel wordt in de literatuur opgemerkt dat er voldoende mededinging moet zijn, dus dat met een aantal inschrijvers van minder dan drie doorgaans niet zal kunnen worden volstaan.⁴⁰⁰ Dit biedt het bouwteam aanbestedingsrechtelijk veel meer mogelijkheden: de onderhandelingsprocedure laat immers overleg zonder meer toe; die procedure kan door opdrachtgevers in de nutssector altijd gekozen worden. Daarbij is het aantal van drie inschrijvers geen wet van Meden en Perzen, wat van groot belang kan zijn waar het gaat om zeer gespecialiseerde (met name spoor)werkzaamheden, op welke markt zich in het algemeen niet veel aannemers bewegen.
- Voor het bouwteam zijn tot slot van belang de zogenaamde raamcontracten, die reeds eerder werden genoemd. De opdrachten te verlenen op basis van een raamcontract gelden als reguliere opdrachten in de zin van de Richtlijn Nutssectoren, aldus een policy document van de Commissie⁴⁰¹ en die kwalificatie geldt derhalve ook voor de overige richtlijnen. Pijnacker Hordijk en Van der Bend wijzen er in dit kader op, dat een consequentie van deze opvatting is, dat een op een raamcontract gebaseerde nadere opdracht geen zelfstandige opdracht in de zin van de richtlijn is. Zij mag derhalve uit de hand aan de contractpartij gegund worden ingevolge het raamcontract. Wat het bouwteam betreft, kan dus de afspraak met de bouwteam-aannemer gemaakt worden, dat hem een raamcontract wordt gegund bestaande

³⁹⁸ Zie voor een uitgebreide beschouwing naar aanleiding van dit artikel: Koning, op.cit., p. 377.

³⁹⁹ Pijnacker Hordijk en Van der Bend, op. cit., p. 114, noemen deze omschrijving de duidelijkste die er is.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 115.

⁴⁰¹ Ibid., p. 66.

uit een opdracht om mee te ontwerpen en een nadere opdracht tot uitvoering. Met betrekking tot die nadere opdracht heeft de opdrachtgever zich echter vooralsnog niet verder gebonden dan dat hij in beginsel de betrokken nadere opdracht bij de opdrachtnemer plaatst. Bij het raamcontract kan het om een veelheid van nadere opdrachten gaan, die steeds weer vereisen dat partijen het met elkaar eens worden. Voor de aannemer dreigt steeds weer het gevaar dat hem een deelbestek niet wordt gegund, maar ook hier heeft te gelden, dat hij al aan boord is, en dat het om verschillende redenen als moeilijk kan worden ervaren hem een volgend deelbestek niet te gunnen.

Het raamcontract is uitgebreid besproken door Van den Berg in zijn dissertatie.⁴⁰² Het voordeel van deze methode is dat uitkomst wordt geboden voor het probleem van de vaste prijs, die bij grote ingewikkelde werken, waarbij het ontwerp ook nog niet gereed is op het moment dat de ontwerpende aannemer wordt aangezocht, nu eenmaal niet in een vroeg stadium te geven is, aldus Van den Berg. De gefaseerde realisering van het project lost het probleem van de moeilijkheid inzake de vooraf niet te geven prijs op.

Het nadeel⁴⁰³ zit wederom in de prijsvorming: de aannemer heeft de opdracht inmiddels reeds op zak, al is dat onder de ontbindende voorwaarde van het bereiken van onder andere overeenstemming over de nadere vaststelling van de verschuldigde prijs. Van den Berg omschrijft voor dit probleem een methode, waarbij de opdrachtgever met een begroting komt en de aannemer met een prijsaanbieding, die worden vergeleken. Van tevoren wordt afgesproken hoeveel aanbieding en begroting uiteen mogen lopen en wat te doen als ze teveel uiteen lopen. Maar biedt dit stelsel reële compensatie voor het ontbreken van concurrentie? De vraag wordt door Van den Berg opgeworpen en het antwoord dat hij geeft, luidt ook hier: ontkennend⁴⁰⁴. Het is een papieren tijger, in Van den Bergs eigen woorden. Waarom heeft de methode dan toch niet afgedaan voor hem? Volgens Van den Berg zou ook hier gewerkt kunnen worden met vooraf vastleggen van essentiële delen van de prijsvorming door middel van omslagpercentages en eenheidsprijzen.⁴⁰⁵ Hij beschrijft dan ook nog de in praktijk voorkomende raamcontracten met een vast bouwbudget, waarbij op voorhand toch slechts een globale aanduiding van het werk vast ligt.⁴⁰⁶ Ook dit model kent weer nadelen: de prijs ligt dan wel vast, maar het werk niet en als het budget te krap is, liggen moeizame gesprekken in het verschiet. Waar raamcontracten vooral worden toegepast met betrekking tot grootschalige, technisch gecompliceerde werken, waarvan de uitvoeringskosten vooraf veelal heel moeilijk zijn in te schatten, ziet de schrijver⁴⁰⁷ in dit model weinig reële toepassingsmogelijkheden.

Hoe kijken andere auteurs aan tegen het Europees aanbesteden van een bouwteam? Koning⁴⁰⁸ heeft zich ook met dit aspect beziggehouden en zij knoopt aan voor een oplossing bij de voorstellen, die door J.G.J. Janssen⁴⁰⁹ zijn gedaan in het kader van het geïntegreerde contract dat aanbesteed moet worden. Het betoog van J.G.J. Janssen houdt, samengevat, het volgende in. De procedure is die van de openbare aanbesteding met voorafgaande selectie. Selectie vindt plaats op basis van kwaliteit en ervaring. De opdrachtgever verschaft enkele basisgegevens; met de geselecteerde gegadigden vindt overleg *over de oplossingsrichting plaats* (geen onderhandelingen, zie artikel 46 UAR-EG 1991). De gegadigden brengen vervolgens een aanbieding uit met onder andere de volgende elementen: plan van aanpak, eenheidsprijzen voor lonen en belangrijkste materialen en een opgave van de opslagen voor algemene bouwplaats-

⁴⁰² Van den Berg, op. cit., p. 270 e.v.

⁴⁰³ Van den Berg, op. cit., p. 272.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 274.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 275.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 275.

⁴⁰⁷ Ibid., p. 276.

⁴⁰⁸ Koning, op.cit., p. 377.

⁴⁰⁹ Janssen, J.G.J., Aanbesteding van een geïntegreerd project; de inbedding van de UAV-GC 2000 in de (Europese) aanbestedingsregelgeving, BR 2000, p. 723 e.v.

kosten, winst en risico. Op basis van de economisch meest voordelige aanbieding wordt een gunningsbeslissing genomen en wordt voorlopig gegund, dat wil zeggen: er wordt gegund onder ontbindende voorwaarden van het niet bereiken van definitieve overeenstemming. De andere inschrijvers blijven in de wachtkamer, na uitvoering van de ontwerpwerkzaamheden (in dit geval geheel door de aannemer te verrichten) wordt afrondend overlegd over de contractsinhoud en de definitieve prijsvorming in open begroting. Zodra overeenstemming wordt bereikt, is de gunning definitief (beter lijkt het te spreken van het uitgewerkt zijn van de ontbindende voorwaarde).⁴¹⁰ Janssen spreekt dan ook van «voorlopige gunning» of «verlengde selectie». Komen partijen niet tot elkaar dan treedt de ontbindende voorwaarde in werking en wordt het proces herhaald met de volgende aanbieder.

Deze methode ziet er, toegepast op de aanbesteding van het bouwteam door middel van de openbare procedure met de zogenaamde verlengde selectie of met voorlopige gunning, als volgt uit. Na de aankondiging kan een onbepaald aantal aannemers zich melden, op basis van aangegeven selectie-criteria vindt selectie (shortlisting) van minimaal vijf aannemers plaats, welke gegadigden een inschrijving doen waarin bijvoorbeeld de componenten genoemd door J.G.J. Janssen worden verwerkt. Op basis van het gekozen gunningscriterium wint één geselecteerde aannemer en met hem wordt een bouwteamovereenkomst gesloten, op grond waarvan met hem verder mee-ontworpen wordt. Wat de uitvoering betreft in deze bouwteamovereenkomst afgesproken dat dit aan hem onder de ontbindende voorwaarde van prijsovereenstemming wordt gegund.^{411, 412} Opgemerkt kan worden dat dit model het voordeel heeft dat de aannemer met een goede uitvoeringsprijs moet komen, omdat hij anders het risico loopt dat de ontbindende voorwaarde in werking treedt. Anderzijds kleeft ook aan dit model het nadeel dat de aannemer toch al met een voet binnen staat en dat het als moeilijk kan worden ervaren van hem afscheid te nemen, zoals hiervoor al besproken.

C.E.C. Jansen⁴¹³ plaatst vraagtekens bij het voorstel van J.G.J. Jansen. Een kostenraming voor de totale uitvoering met bijvoorbeeld een betrouwbaarheidsmarge wordt niet verlangd. Er zal op de in het VGBouwmodel voorziene wijze onderhandeld moeten worden. De aanbieder hoeft zich maar op weinig onderdelen vast te leggen. De winnende aanbieder verricht in dit scenario zijn ontwerpwerkzaamheden in het staartstuk van de aanbestedingsprocedure. De auteur vraagt zich af of er wel een ontwerpcontract tussen partijen bestaat, en zo ja, hoe het dan gesteld is met de ontwerp aansprakelijkheid. Er is nog geen contract naar zijn oordeel.⁴¹⁴ Als er een echt design & construct-contract zou zijn, zouden al die problemen geregeld zijn. Bovendien zal een partij die weet dat hij aan boord is alle vrijheid hebben om het ontwerptraject verder te optimaliseren en bij de aannemer die weet dat er nog een paar aannemers in de wachtkamer zitten, kan dat wel eens anders liggen. Het belangrijkste bezwaar van Jansen is dat in de procedure van de voorafgaande selectie niet met de marktpartijen in gesprek gegaan kan worden. Het is hier niet de plaats in detail op de bovenstaande kritiek in te gaan.⁴¹⁵ Het lijkt vooral van belang te noteren dat zich in de literatuur een algemeen gevoel begint af te tekenen, eigenlijk ingezet sinds de dissertatie van Van den Berg,⁴¹⁶ om het aanbestedingsrecht zo in te richten, dat van inschrijvers wordt gevraagd zich op voorhand door middel van de inschrijving vast te leggen op essentiële delen van de prijs of de prijsvorming; een en ander met behoud van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht (transparantie, doelmatigheid en

⁴¹⁰ Immers een verbintenis onder een ontbindende voorwaarde/een overeenkomst onder een ontbindende voorwaarde is een verbintenis/overeenkomst die werkt, die gesloten is (bestaat). Doet de voorwaarde zich voor, dan neemt de verbintenis/overeenkomst een einde; zie Asser-Hartkamp 4-I, nr. 156.

⁴¹¹ Andere voorwaarden kunnen ook opgenomen worden.

⁴¹² Een opschortende voorwaarde lijkt niet mogelijk, omdat bij een opschortende voorwaarde de verbintenis of overeenkomst, die aan de opschortende voorwaarde is onderworpen nog geen werking heeft. Een gunning zal echter definitief moeten plaatsvinden; dat deze kan eindigen lijkt niet problematisch te zijn.

⁴¹³ C.E.C. Jansen, op.cit., p. 48.

⁴¹⁴ Wat C.E.C. Jansen stelt, is niet juist. Zoals al is aangegeven, is de gunning onder een voorwaarde (de overeenkomst onder een voorwaarde) een gewone overeenkomst, zij het dat boven deze het zwaard van Damocles hangt van het intreden van de ontbindende voorwaarde. Wat betreft de kritiek dat er geen afspraken zijn omtrent de ontwerp aansprakelijkheden, kan opgemerkt dat deze inderdaad niet aan de orde komen in het voorstel, maar dit voorstel uit zijn aard vraagt om nadere uitwerking. Overigens ligt aanknopings bij de verdeling van de aansprakelijkheden betreffende de ontwerpfase conform de UAV-GC 2000 voor de hand gezien het feit dat het ontwerpfase en uitvoeringsfase onderdeel zijn van een definitieve overeenkomst.

⁴¹⁵ Ook praktisch is er weinig verschil tussen de wachtkamerconstructie van J. G. J. Janssen en de situatie van de eerstvolgende aanbieder aannemer in het stelsel van C. E. C. Jansen; ook in het laatste geval zit de volgende aanbieder de facto in een wachtkamer.

⁴¹⁶ Zie immers zijn verschillende keren gedane voorstellen om te ontkomen aan de nadelen van de procedure van aanbesteding met voorafgaande selectie en de raamovereenkomst.

gelijkheid) en met behoud van een deel van de zekerheid, die de aanbesteder heeft onder de aanbesteding in de meest traditionele vorm (via een openbare procedure van een traditioneel contract. Daar staat tegenover dat de winnende inschrijver als het ware de mogelijkheid krijgt om mee te denken in het ontwerptraject. Waar oplossingen in deze geest voor de aanbesteding van design & construct- contracten worden voorgesteld, zijn deze zelfde oplossingen te gebruiken om de aanbestedingsrechtelijke moeilijkheden bij het bouwteammodel op te lossen.

Chronologische weergave van het proces van aanbesteding met voorafgaande selectie en «voorlopige» gunning van een bouwteamovereenkomst

1	2	3	4	5	6	7
Aankondiging op basis van globaal programma van eisen.	Aanmelden gegadigden (onbeperkt aantal).	Selectie t.b.v. inschrijving (UAR 2001 cf. artikel 27 mogelijk beperkt tot 1; UAR-EG 1991 niet minder dan 5, artikel 34, lid 2) op grond van vooraf bekend gemaakte selectiecriteria.	Inschrijving: geselecteerden noemen essentiële delen prijs e.d.	«Voorlopige» gunning onder ontbindende voorwaarde dat prijsovereenstemming wordt bereikt over uitvoering werk. Sluiten bouwteamovereenkomst. Opvolgende geselecteerde in wachtkamer.	Bouwteam-aannemer aan het werk met ontwerpwerkzaamheden.	Einde ontwerpwerkzaamheden: overleg over prijs uitvoering. Indien succesvol: ontbindende voorwaarde is uitgevoerd, overeenkomst t.b.v. uitvoering niet langer bedreigd. Indien niet succesvol: naar geselecteerde in wachtkamer.

Het VGBouw-model Bouwteam-Overeenkomst 1992⁴¹⁷

Dit model is geschreven voor de samenwerking tussen opdrachtgever en aannemer in het bouwteam. Het is niet uitsluitend geschreven voor de relatie overheidsopdrachtgever en aannemer en om die reden wordt hier slechts op hoofdpunten ingegaan.

In de aanhef van het model wordt bepaald dat de opdrachtgever voornemens is de uitvoering van het werk op te dragen aan de aannemer, mits tevoren tussen partijen over de prijs van het werk overeenstemming wordt bereikt. Het doel van het bouwteam (zie artikel 1) is dat er een samenwerkingsverband is waarin de deelnemers – met behoud van ieders zelfstandigheid en verantwoordelijkheid – samenwerken aan de voorbereiding van het project. Voor dat doel is ieder der deelnemers gehouden zo goed mogelijk gebruik te maken van zijn specifieke ervaring en deskundigheid.

Voor het onderhavige onderwerp is met name van belang hetgeen in artikel 15 wordt bepaald: de aannemer is gerechtigd om als eerste en enige een prijsaanbieding te doen voor het op te dragen werk, zoals omschreven in het door de opdrachtgever goedgekeurde bestek en de bijbehorende tekeningen. Deze aanbieding, zo vervolgt artikel 16, doet de aannemer door het indienen van een open begroting, die door de opdrachtgever vertrouwelijk moet worden behandeld. In artikel 17 wordt de wijze van de begroting aan de orde gesteld. Hoe deze ingericht dient te zijn, is onderwerp van lid 1 en in de volgende leden worden de opslagpercentages bepaald. De artikelen 18 en 19 regelen het prijsoverleg en de gunning. Over de prijsaanbieding van de aannemer wordt door partijen overlegd, artikel 18, lid 1. Daarbij zullen zij rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Tijdens de looptijd van de overeenkomst

⁴¹⁷ Anders dan bijvoorbeeld de UAV 1989 is dit model niet in een zogenaamd breed overleg van opdrachtgevers en opdrachtnemers opgesteld. Het is opgesteld door VGBouw met medewerking van het Instituut voor Bouwrecht in de persoon van prof. mr. M. A. M. C. van den Berg.

onthoudt de opdrachtgever zich van contact met andere aannemers over het op te dragen werk (artikel 18, lid 2).

Komen partijen er niet uit wat de aanneemsom betreft, dan wordt advies gevraagd volgens een artikel 19, lid 2, aangegeven procedure, aldus bepaalt lid 1 van artikel 19. Hoe ziet die procedure er uit? Partijen vragen advies aan een gezamenlijk te benoemen kostendeskundige; in de leden 3 en 4 wordt een voorziening gegeven voor het geval partijen ook daar geen overeenstemming bereiken. Van groot belang is het bepaalde in lid 5: «Bij een advies dat resulteert in een prijs voor het gehele werk hoger dan ...% van de door de aannemer gedane prijsaanbieding en niet hoger dan die prijsaanbieding, zijn partijen gehouden het advies te volgen.» Dit betekent dat partijen zich, binnen een bepaalde marge, op voorhand binden aan elkaar. Pas wanneer men in redelijkheid niet tot overeenstemming over de aanneemsom komt én de procedure van artikel 19 levert geen oplossing op, mag de opdrachtgever naar een derde gaan voor een prijsaanbieding. Komen partijen er ter zake de aanneemsom wel uit, al dan niet na de weg van artikel 19, dan komt daarmee de aannemingsovereenkomst tot stand.

Schiphol tunnel

Is het Bouwteam-contract van Schiphol vergelijkbaar met de VGBouw-regeling? In de preambule wordt overwogen: «dat NS de uitwerking van die verbreding in ontwerpen en deelbestekken met inschakeling van personeel van KSS wenst te realiseren; dat NS voornemens is de uitvoering van de thans in het geding zijnde verbreding van de Schiphol-tunnel aan KSS voor uitvoering op te dragen, mits over prijs en voorwaarden overeenstemming wordt bereikt.» Hier wordt uitvoering in het vooruitzicht gesteld, maar wordt er ook daadwerkelijk al gegund in de zin van een raamcontract? Het lijkt er wel op, omdat in het vervolg van deelbestekken wordt gesproken en dat past bij een raamcontract. Als dat de bedoeling is, en dat is niet uitgesloten gezien de bewoordingen: «dat NS de uitwerking (....) met personeel van KSS *wenst* (cursivering auteur) te realiseren;», zou wellicht een andere formulering, die duidelijker tot uitdrukking brengt dat gegund is, te prefereren zijn.⁴¹⁸ Wat daarvan zij, de gedachte dat voor de uitvoering van het werk de bouwteam-aannemer als eerste in beeld komt, vinden we terug in het VGBouw-model in artikel 15, lid 1, terwijl de voorwaarde van overeenstemming over de prijs in het VGBouw-model is ondergebracht in de artikelen over prijsoverleg en gunning.

Hier zit overigens wel een cruciaal verschil: de VGBouw partijen onderwerpen zich bij het niet bereiken van overeenstemming aan een advies uit te brengen door een kostendeskundige, aan welk advies zij zelf een plafond hebben verbonden, zie artikel 19, lid 5. In het Schipholcontract wordt in artikel 4 over deze problematiek het volgende bepaald. In lid 1 valt te lezen dat de aannemingssom wordt vastgesteld tussen partijen volgens het bekende systeem van open begroting (zie artikel 16 van het VGBouwmodel). In het tweede lid wordt bepaald dat, indien de door de aannemer begrote aannemingssom lager ligt dan het door de NS berekende bedrag, wordt het deelbestek aan de opdrachtnemer opgedragen tegen een in de prijsafspraken vast te stellen aannemingssom met als maximum het door de opdrachtnemer aangeboden bedrag. De opdrachtnemer is alsdan verplicht de opdracht te aanvaarden.⁴¹⁹

Lid 3 luidt als volgt: «Indien partijen niet tot overeenstemming komen over een aannemingssom is NS niet gehouden het desbetreffende werkonderdeel aan KSS op te dragen. NS is in dat geval KSS geen enkele verklaring, dan wel vergoeding verschuldigd.» Weliswaar kent het contract in artikel 8 een regeling van meningsverschillen – de Chef van de Dienst Infrastructuur beslist daarop na een advies van de overall project-

⁴¹⁸ Dat in artikel 5, lid 1, wordt gesproken van het na besteding en gunning gehouden zijn van de aannemer om de desbetreffende deelbestekken te realiseren, geeft ook niet echt uitsluitend over de vraag of er van een echt raamcontract sprake is.

⁴¹⁹ Vergelijk voor deze verplichting de beschrijving van het raamcontract.

manager – maar gezien de bewoordingen van lid 3 van artikel 4 lijkt het uitgesloten dat bij deze een verschil van mening over de niet gunning vanwege de te hoge prijs voorgelegd kan worden. Net als in het VGBouw-model is er een overlegbepaling, maar daarmee houdt het op. Maakt het uit dat, net zoals in het VGBouw model, een clause ontbreekt, die partijen voorschrijft gedurende de onderhandelingen rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij?⁴²⁰ Het antwoord luidt ontkennend.

Het voert te ver in te gaan op het precieze juridische karakter van de relatie⁴²¹ tussen de bouwteam-aanbesteder en -aannemer, maar zoveel is duidelijk: deze verhouding wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid, zie artikel 6:2, lid 2, en 6:248, lid 2, BW. Deze eisen brengen met zich dat partijen zich jegens elkaar volgens bepaalde normen hebben te gedragen. Bij de vraag wat de open norm van redelijkheid en billijkheid inhoudt, moet rekening gehouden worden met algemeen erkende rechtsbeginselen, in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken. In de praktijk zal ook onder het Schiphol-contract van partijen verlangd kunnen worden dat zij tijdens het prijsoverleg rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de andere partij. Dat NS de aannemer geen enkele verklaring schuldig is, in het geval partijen niet tot overeenstemming kunnen komen, lijkt dan ook een bepaling die niet ongeclausuleerd staande gehouden kan worden.

5.5.4 Conclusie inzake het aanbestedingsrecht en het bouwteam

De conclusies betreffende het aanbestedingsrecht bij het bouwteammodel luiden als volgt:

- De aard van een bouwteam-overeenkomst, indien de opdrachtgever wil komen tot inschrijving door maar één aannemer, roept, niettegenstaande de niet definitieve binding aan de aannemer, problemen van concurrentiebeperking op.
- De wijze waarop volgens de literatuur een bouwteammodel wordt aanbesteed, brengt voor de overheidsopdrachtgever het nadeel met zich dat de opdrachtnemer zich in positie weet waarin het nog als moeilijk ervaren kan worden hem de uitvoering van het werk niet te gunnen. Aangenomen wordt dat de kostenvoordelen die gerealiseerd zijn in de ontwerpfase door de positie waarin de bouwteam-aannemer zich bevindt mogelijk teniet gedaan worden.
- Aanbevolen wordt om bij de aanbesteding van een werk, uit voeren in een bouwteam, aansluiting te zoeken bij de voorstellen, die in de literatuur en in het schema zijn gedaan, om te komen tot een betere inrichting van het aanbestedingsrecht in het geval een design & build-opdracht wordt aanbesteed. Ook dan kan het als moeilijk of lastig ervaren worden nog afscheid te nemen van de aannemer.
- De opdrachtgever die kiest voor een model waarbij de aannemer al betrokken is bij het project voorafgaand aan de uitvoering, dient zich te realiseren dat de keus om nog met een andere uitvoerder in zee te gaan; deze keus laat het bouwteammodel theoretisch in stand tot aan het moment van gunning, dan wel tot aan het moment van het uitgewerkt zijn van de ontbindende voorwaarde (literatuurvoorstel), op praktische bezwaren stuit. De opdrachtgever, die optimaal de handen wil vrij houden inzake de keus van de uitvoerder, moet niet kiezen voor het bouwteammodel, waarbij de mee-ontwerpende aannemer de uitvoering in het vooruitzicht wordt gesteld.

⁴²⁰ Dit onderwerp heeft ruim aandacht gekregen in o.a. de dissertatie van Van den Berg, op.cit., p. 248 e.v.

⁴²¹ Men kan deze zien als een voorbereidende hulpovereenkomst, of als een waarin nog geen overeenkomst bestaat. Dogmatisch is er een groot verschil in de grond van de gehoudenheid van partijen, maar in beide situaties bestaat die wel.

Inleiding

Het bouwteammodel behoeft regeling van de verhouding tussen opdrachtgever en architect en raadgevend ingenieur voor de ontwerpwerkzaamheden (SR 1997 en RVOI 2001), een regeling van de verhouding opdrachtgever en bouwteam-aannemer wat de werkzaamheden betreft van de bouwteam-aannemer in het bouwteam (RVOI 2001 en VGBouw model) alsmede een regeling van de uitvoeringswerkzaamheden van de bouwteam-aannemer (UAV 1989). Idealiter zou er ook nog een contract moeten zijn totstandgekomen tussen alle bouwteamdeelnemers, waarin zij verklaren bereid te zijn tot overleg en samenwerking.^{422, 423} Van deze contracten wordt in het onderstaande alleen de regeling van de werkzaamheden van de aannemer in het bouwteam besproken.

⁴²² In de literatuur, zie Koning in de Veranderende rollen, p. 106/107, wordt hier gesproken van het secundaire contract; de primaire contracten zijn de in de tekst genoemde.

⁴²³ Een dergelijk contract is gesloten bij de werkzaamheden aan de A5. In de aanhef van dit contract, gesloten tussen opdrachtgever (RWS), ingenieursbureau en aannemer, wordt de samenwerking tussen partijen benadrukt: «... dat voor het beoogde optimale eindresultaat en de daarvoor vereiste samenwerking als uitgangspunt geldt dat door alle partijen nadrukkelijk gestreefd wordt naar het bereiken van/inbrengen van een zo groot mogelijke innoviteit en creativiteit.» Ontleend aan Koning, Veranderende rollen, p. 107.

⁴²⁴ De bespreking vindt vooral plaats aan de hand van het Model Bouwteam-Overeenkomst 1992 van VGBouw; dit is de enige standaard en het model is min of meer exemplarisch voor dit type overeenkomsten ook als dit model niet van toepassing is verklaard. Zie voor een uitgebreide bespreking van dit contractmodel naast de reeds genoemde dissertatie van Van den Berg, Hoofdstuk III van de Veranderende rollen.

⁴²⁵ Het bouwteam moet niet verward worden met een ontwerpteam. Een ontwerpteam is een samenwerkingsvorm in de ontwerpfase tussen verschillende ontwerpdisciplines, opdrachtgever en aannemer maken daar in beginsel geen deel van uit. Zie Koning, Veranderende rollen, p. 97/98. In opkomst is inmiddels de term geïntegreerde ontwerpovereenkomst; hiermee wordt bedoeld de overeenkomst tussen een opdrachtgever en een ontwerper (architect of raadgevend ingenieur), waarbij de ontwerper op zich neemt te contracteren met alle andere ontwerpers, die voor een project nodig zijn. Deze laatsten komen dan tot de opdrachtgever in een relatie van onder-adviseur te staan.

⁴²⁶ De terminologie is niet altijd even vast. Zo wordt in het Schiphol-contract gesproken van een bouwteamorganisatie, omvattende een bouwteam, een ontwerpteam en een uitvoeringsteam. Met het ontwerpteam, waar enigszins opvallend wel het ontwerp personeel van de aannemer wordt genoemd maar niet de ontwerpers van de kant van de opdrachtgever, wordt bedoeld dat deel van de organisatie dat eigenlijk de kern van de bouwteamactiviteit voor zijn rekening neemt, immers het ontwerpen tezamen met de aannemer. Het ontwerpteam is hier onderdeel van een groter geheel en dekt een andere lading dan waar in de vorige noot van gesproken is.

Het bouwteam-contract⁴²⁴

Het doel van het bouwteam wordt in artikel 1 van het VGBouw-model als volgt onder woorden gebracht: «Het bouwteam is een samenwerkingsverband waarin de deelnemers – met behoud van ieders zelfstandigheid en verantwoordelijkheid – samenwerken aan de voorbereiding van het project. Voor dat doel is ieder der deelnemers gehouden zo goed mogelijk gebruik te maken van zijn specifieke ervaring en deskundigheid.» Het gaat bij het bouwteam om de voorbereiding van het project, waartoe de aannemer zijn specifieke ervaring en deskundigheid op het gebied van uitvoerings- en kostentechnische aspecten van het bouwen ter beschikking stelt ten einde een optimale verhouding van prijs en kwaliteit van het project te bereiken, aldus de preambule in nummer 4. Artikel 6 van dit model specificeert de taak van de aannemer nog verder: «De aannemer stelt aan het bouwteam zijn specifieke ervaring en deskundigheid op het gebied van de uitvoering van bouwwerken en de daaraan verbonden kosten ter beschikking, voorzover zulks in het kader van de voorbereiding van het project in redelijkheid wenselijk is teneinde te komen tot een voor de opdrachtgever aanvaardbaar ontwerp. Daartoe wordt gerekend: het beoordelen van de uitvoerings- en kostentechnische aspecten van de in het bouwteam voorgestelde plannen en aanbiedingen, alsmede indien zinvol het voorstellen van een of meer alternatieven voor de in het bouwteam voorgestelde plannen en aanbiedingen; (...).»

De andere deelnemers in het team worden in het model niet expliciet genoemd, want het model ziet alleen op de verhouding opdrachtgever en aannemer. Wel is het zo dat in het model regelingen zijn opgenomen die op het bouwteam als geheel zien, zie met name artikel 4 en 5 waar de taak van het bouwteam en van de opdrachtgever en aannemer aan de orde komen.^{425, 426}

De gegeven beschrijving van het doel van het bouwteam volgens het VGBouw-model vertoont gelijkenissen met wat in de preambule van de Bouwteam-overeenkomst Schiphol wordt opgemerkt: «dat partijen het de meest doelmatige werkwijze achten voor de duur van de voorbereidings- en uitvoeringstijd van vorenbedoelde werken een bouwteamorganisatie te stichten, onder directie van NS, die belast wordt met de begeleiding van voorbereiding en uitvoering.» Bij de bouwteamorganisatie, artikel 2, wordt vervolgens de taak van het team als volgt omschreven: «Taak van het bouwteam is om binnen de door de interne projectorganisatie van NS geformuleerde en te formuleren uitgangspunten en randvoorwaarden (onder meer kosten, kwaliteit en tijd) te komen tot een optimaal technisch ontwerp dat tegen zo laag mogelijke kosten kan worden gerealiseerd. KSS zal daartoe zonder vergoeding van kosten de bij haar aanwezige kennis

van zaken en bekwaamheden in het bouwteam, ten behoeve van het ontwerp inbrengen. Dit geldt ook ten aanzien van haar kennis van zaken en bekwaamheden op organisatorisch en handelsgebied, met name ten aanzien van de aankoop van materialen.»

De organisatie van het bouwteam volgens het VGBouw-model houdt in dat de opdrachtgever leiding aan het bouwteam geeft; dit kent het Schiphol-contract ook. De besluitvorming en verslaglegging zijn in beide contracten ook onderwerp van regeling. In het VGBouw-model wordt onder andere bepaald dat de opdrachtgever gerechtigd is het bouwteam bijeen te roepen; het Schiphol-contract bepaalt dat de vergaderfrequentie door de voorzitter wordt vastgesteld naar behoefte. Het Schiphol-contract bepaalt dat de directie notulen maakt van alle bouwteamvergaderingen en dat deze ter goedkeuring aan de aannemer worden voorgelegd en mede ondertekend. Het VGBouw-model belast in beginsel (tenzij partijen anders zijn overeengekomen) de aannemer met de notulen.

Prijsvorming/Inkoopvoordelen

Zoals eerder uiteengezet, komt bij een bouwteam de prijs voor het werk tot stand na een aanbidding door de bouwteamaannemer, al dan niet na een vergelijking van zijn aanbidding met de begroting van de aanbesteder en eventuele aanpassing. Het is ook mogelijk dat de aannemer voor onderdelen van het werk een prijs afgeeft zoals in het model van de zogenaamde voorlopige gunning is voorgesteld, of dat uitgegaan wordt van de werkelijke kosten al dan niet in combinatie met een van de eerder bij het traditionele contract beschreven methoden van een bonus of malus (korting/boete).

Bij de vaste prijs, afgegeven voor het gehele werk dan wel voor onderdelen van werkzaamheden of leveranties van materialen en dergelijke of bestaand uit afgesproken hoeveelheden materialen dan wel manuren, doet zich de vraag naar de inkoopvoordelen voor. Eerder is aangegeven dat er in beginsel geen mogelijkheid is om het voordeel dat de aannemer weet te realiseren te ontnemen indien er sprake is van een contract met een vaste prijs. De aard van het contract brengt met zich, dat dit de aannemer toekomt gelijk het inkoopnadeel hem toekomt.

Liggen de kaarten anders in een bouwteammodel? De feiten kunnen inderdaad anders liggen. Dit is met name mogelijk bij een bouwteam in een raamcontract, omdat er dan nogal wat momenten zijn waarop partijen met elkaar overeenstemming over de nadere opdracht moeten bereiken. Op die momenten spreken partijen elkaar en is er steeds weer daadwerkelijk gelegenheid om elkaar te informeren omtrent inmiddels veranderde marktomstandigheden dan wel andere omstandigheden het werk betreffende. Het zou best zo kunnen zijn dat er gaande het bouwproject voortschrijdend inzicht ontstaat bij de aannemer met betrekking tot prijzen. Daarover moet steeds weer opnieuw onderhandeld worden op basis van het raamcontract. Is de bouwteamaannemer gehouden op straffe van een mogelijke dwalingsactie of bedrogsactie mededelingen te doen over bijvoorbeeld dalende prijzen, en dus stijgende inkoopvoordelen? Een vaste prijs is in dit geval niet afgesproken, althans geen onwrikbare vaste prijs. Integendeel, partijen kwamen juist overeen steeds weer over de prijs te onderhandelen. Dit brengt met zich, dat indien een prijs wordt afgegeven onder de mededeling dat dit de prijs is die momenteel het laagst haalbare is, deze mededeling juist moet zijn. Dat wil zeggen: in ieder geval mag de geadresseerde van de juistheid uitgaan, tenzij er sprake is van een kennelijke vergissing of tenzij de geadresseerde anderszins weet dat de gegeven prijs niet juist is. In het laatste geval zal

een beroep op dwaling kunnen stranden op een verweer gegrond op het bepaalde in lid 2 van artikel 6:228 BW, inhoudende dat de dwaling «verschoonbaar» moet zijn. Het is overigens voor een beroep op dwaling al voldoende dat de mededeling te goeder trouw onjuist was; opzet is niet vereist. Is de bouwteamaannemer gehouden mededelingen te doen over bijvoorbeeld een voortdurende daling van de prijzen in de markt? Als hij weet dat de andere partij van hem afhankelijk is voor de informatie, omdat dit bijvoorbeeld zo is afgesproken, dan lijkt zulks in de rede te liggen. Niet spreken in een dergelijk geval geeft de andere partij weer een beroep op dwaling. Indien de aannemer echter mocht veronderstellen dat de andere partij zelf goed geïnformeerd is omtrent de prijzen, dan zal minder snel aangenomen mogen worden dat hij «preventief» informeert over de prijzen. Desalniettemin: als hij in de gaten heeft, dat de opdrachtgever met een te hoge prijs akkoord gaat, dan weet hij dat deze kennelijk in dwaling verkeert en dan zou een spreekplicht wel eens aan de orde kunnen zijn. Waar het om draait met dit type contracten is dat er steeds weer onderhandeld wordt. Onderhandelen, zeker in een weerkerende gelijke situatie waar men nog maar met moeite van elkaar af kan, brengt met zich dat men elkaars gerechtvaardigde belangen in acht neemt. De bouwteamonderhandelaars zijn in dat opzicht tot meer gehouden jegens elkaar dan andere onderhandelaars. Toch is voorzichtigheid met het trekken van conclusies geboden, omdat traditioneel de dwalings-jurisprudentie sterk feitengevoelig is en dus casuïstisch van aard.

Aansprakelijkheidsverdeling in het bouwteam

Het laatste punt dat met betrekking tot het contract dat de relatie opdrachtgever en aannemer beheerst besproken wordt, betreft de aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid van de leden van een bouwteam kan vooral in bewijsrechtelijke zin lastig zijn, want er wordt door nogal wat deelnemers meegewerkt. Maar alvorens men aan bewijsrechtelijke vragen toekomt, is er eerst de vraag naar de materiële aansprakelijkheid. Hoe is die geregeld in het bouwteam? Opvallend genoeg regelt het Schiphol-contract daar niets over. Dat betekent dat vragen over aansprakelijkheid beantwoord zullen worden aan de hand van het gewone verbintenissenrecht. Heel in het kort komt het er in dat geval op neer, dat eerst vastgesteld moet worden of er sprake is van een gemeenschappelijk in bouwteam uitgevoerde taak of van verschillende taken die ieder bouwteamlid zelf individueel op zich heeft genomen. De Raad van Arbitrage gaat ervan uit dat in een bouwteam individuele taken worden uitgeoefend. Daarbij hoort een individuele verantwoordelijkheid van iedere deelnemer voor de door hem aanvaarde deeltaak. Er is dan ook geen sprake van hoofdelijkheid of een verbondenheid voor gelijke delen (zie artikel 6:6 BW). Wel is het mogelijk dat een bouwteamlid had moeten waarschuwen voor de adviezen van een ander lid en daarmee (mede) aansprakelijk kan worden voor die adviezen. Hoe gaat de Raad dan feitelijk om met de aansprakelijkheid? Er is maar een uitspraak⁴²⁷ en daar wordt overwogen: «dat arbiters voorts van oordeel zijn, dat in een bouwteam de verantwoordelijkheid voor onjuiste adviezen van derden niet ligt bij diegene, die optreedt als contractant van degene, die adviezen geeft, doch bij degene die op zijn specifieke terrein in het bouwteam die foutieve adviezen aanvaardde en tot de zijne maakte.» Het is dus niet per definitie de gever van een fout advies die aansprakelijk is, maar degene op wiens specifieke terrein dit advies zich bevindt en die het aanvaardde en tot het zijne maakte. Deze (rechts)handeling maakt dat de aansprakelijkheid die normaliter zou rusten bij de adviseur zelf, overgaat naar een ander.⁴²⁸ Het is op dit punt dat het bewijsrecht in beeld komt, want hoe te bewijzen van wie een idee afkomstig is en vervolgens hoe te bewijzen dat

⁴²⁷ Raad van Arbitrage 6 juli 1982, BR 1982, p. 715.

⁴²⁸ Zie uitgebreider Koning, *Veranderende rollen*, p. 115 e.v.

het door een ander (op wiens specifieke terrein het advies van belang is) is aanvaard en tot het zijne gemaakt? De notulen van de bouwteamvergadering moeten hier uitsluitend geven, zo niet dan zal teruggevallen moeten worden op een andere vorm van bewijslevering met alle risico's van dien.

Het VGBouw-model heeft de aansprakelijkheid van de bouwteam-aannemer uitdrukkelijk geregeld. In algemene zin wordt in artikel 11 bepaald dat de aannemer zijn werkzaamheden ten behoeve van het bouwteam naar beste weten en kunnen verricht.⁴²⁹ Artikel 12 regelt de grondslag van de aansprakelijkheid: «De verantwoordelijkheid voor adviezen en ontwerpen ligt bij de degene op wiens specifieke terrein in het bouwteam die adviezen en ontwerpen betrekking hebben, mits diegene die adviezen en ontwerpen heeft aanvaard en tot de zijne gemaakt.» Men herkent hier de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage. Met de grondslag van de aansprakelijkheid is nog niet de omvang van de aansprakelijkheid gegeven. Daartoe dient artikel 13 geraadpleegd te worden: «Indien en voorzover de aannemer ingevolge het vorige artikel verantwoordelijk is voor adviezen en ontwerpen, wordt zijn aansprakelijkheid daarvoor beheerst door de RVOI 1987, met dien verstande dat in plaats van artikel 16, lid 4, RVOI 1987 genoemde bedrag aan advieskosten, een vast bedrag geldt van (door partijen zelf in te vullen).»⁴³⁰ De bepaling in de RVOI waarnaar verwezen, wordt beperkt de omvang van de aansprakelijkheid tot in beginsel de omvang van de advieskosten (honorarium) met een maximum, van welk maximum het VGBouw-model bepaalt dat een bedrag ingevuld moet worden. De vergoeding die de bouwteamaannemer krijgt voor zijn ontwerpwerkzaamheden bedraagt in beginsel nul,⁴³¹ maar indien het niet tot een aannemingsovereenkomst komt, komt hem een vooraf af te spreken vergoeding toe. Het lijkt in de rede te liggen dat dat bedrag het ijkpunt vormt voor de omvang van de aansprakelijkheid beschreven in artikel 12.

5.5.6 Conclusie contractuele aspecten van het bouwteam

Het bouwteammodel heeft het voordeel dat gebruik gemaakt kan worden van de expertise van de aannemer in de ontwerpfase. Aanbestedingsrechtelijk wordt de opdrachtgever voor dezelfde problemen geplaatst als bij de aanbesteding van een geïntegreerd contract. Het verdient daarom aanbeveling voor de oplossing van dit probleem te rade te gaan bij de oplossingen voorgesteld in de literatuur inzake de aanbesteding van geïntegreerde contracten. Contractueel levert de aansprakelijkheidsverdeling in materieelrechtelijke zin geen problemen, maar bewijsrechtelijk kan de opdrachtgever wel met moeilijkheden worden geconfronteerd. Het verdient daarom aanbeveling de administratie van de bouwteamactiviteiten nauwgezet bij te houden.

5.6 Het geïntegreerde contract

5.6.1 Inleiding

Een geïntegreerd contract is een contract waarbij ontwerp en uitvoering in één hand zijn. Dit kan de hand van de aannemer zijn, maar dat is geen noodzaak. Het kan ook gaan om een architect of een projectontwikkelaar die ontwerp en uitvoering op zich neemt. In Nederland zijn twee standaarden voor deze verhouding ontwikkeld, de UAV-GC 2000, welke standaard zoals blijkt uit onderzoek van het Instituut voor Bouwrecht⁴³² gunstig afsteekt bij met name de standaardvoorwaarden ontwikkeld door

⁴²⁹ Deze bepaling heeft met artikel 5, lid 1, RVOI gemeen dat verklaard wordt dat naar beste weten en kunnen wordt gewerkt, maar de bepaling zegt niets over een vorm van onafhankelijkheid die bij de advieswerkzaamheden in acht genomen zou kunnen worden.

⁴³⁰ Vergelijk artikel 16, lid 5, RVOI 2001.

⁴³¹ Het Schiphol-contract bepaalt in artikel 2, onder a, dat de aannemer zonder vergoeding van kosten de bij haar aanwezige kennis van zaken en bekwaamheden inbrengt in het bouwteam zonder vergoeding van kosten. Dit geldt ook ten aanzien van kennis op organisatorisch en handelsgebied, met name ten aanzien van de aankoop van materialen.

⁴³² Zie hoofdstuk V van de Veranderende rollen.

het Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils (FIDIC) en een standaard afkomstig van VGBouw, het Model Bouwcontract voor Ontwerp en Realisatie. Dit model is niet zoals de UAV-GC 2000 in breed overleg ontwikkeld. Bespreking ervan voert in dit kader te ver.⁴³³ Hierna zullen de onderwerpen die eerder reeds aan de orde waren in het kader van het traditionele model besproken worden aan de hand van de Nederlandse standaard.

5.6.2 Ontwerp- en uitvoeringsaansprakelijkheid

Algemeen

De opdrachtnemer in een geïntegreerd contract ontwerpt niet vanuit het niets. Aan zijn aanbieding (het contractdocument waarmee te kennen wordt gegeven het werk en eventueel het meerjarig onderhoud te willen realiseren conform het bepaalde in de overeenkomst tegen betaling, paragraaf 1, onder a, UAV-GC 2000) gaat de vraagspecificatie vooraf (het als zodanig aangemerkt contractdocument dat door of namens de opdrachtgever is vervaardigd, op basis waarvan de opdrachtnemer zijn aanbieding heeft opgesteld en ingediend, paragraaf 1, onder q, UAV-GC 2000). De verhouding tussen deze stukken wordt dan ook eerst uiteengezet. Het is overigens van groot belang dat men zich realiseert dat de ontwerpaansprakelijkheid niet een afzonderlijk onderwerp is, los van de uitvoering. De geïntegreerde opdrachtnemer is aansprakelijk voor beide, zonder dat er in de aansprakelijkheid een onderscheid wordt gemaakt al naar gelang het om een fout gaat die teruggaat op het ontwerp dan wel op de uitvoering.⁴³⁴

Vraagspecificatie

De vraagspecificatie omvat het programma van eisen en mogelijk ook het voorontwerp en definitief ontwerp, omdat de Basisovereenkomst, waarbij de UAV-GC 2000 hoort, partijen hier een keus laat. Het voert te ver op deze varianten in te gaan. Waar het hier om gaat is dat de opdrachtnemer voortbouwde op gegevens in de vraagspecificatie die onjuist dan wel onvolledig zijn geweest.⁴³⁵ De UAV-GC 2000 legt de verantwoordelijkheid voor de inhoud van de vraagspecificatie in paragraaf 3, lid 3 bij de opdrachtgever. Naarmate de opdrachtgever meer toegeeft aan de, overigens natuurlijke⁴³⁶, neiging om zoveel mogelijk te specificeren, trekt hij daarmee in gelijke mate aansprakelijkheid naar zich toe.⁴³⁷ Voor onvolledige gegevens in de vraagspecificatie kan de opdrachtnemer de opdrachtgever alleen dan aansprakelijk houden als de gerechtvaardigde indruk is gewekt door de opdrachtgever dat zijn gegevens volledig waren.

Waarschuwingsplicht opdrachtnemer

Mag de opdrachtnemer klakkeloos uitgaan van de juistheid c.q. volledigheid van de gegevens die hem in de vraagspecificatie worden aangereikt? Nee: paragraaf 4, lid 7, UAV-GC 2000 bepaalt dat de opdrachtnemer de opdrachtgever onverwijld schriftelijk waarschuwt indien onder andere de vraagspecificatie klaarblijkelijk zulke fouten bevat of gebreken vertoont dat hij in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou handelen als hij zonder te waarschuwen daarop zou voortbouwen. Wat betreft de eisen die aan de opdrachtnemer gesteld kunnen worden inzake de waarschuwingsplicht, zij verwezen naar hetgeen is opgemerkt bij de waarschuwingsplicht van de aannemer onder het traditionele contract. Veel zal afhangen van de feitelijke omstandigheden: wat voor controle laat bijvoorbeeld de tijd op een bepaald moment toe? In de aanbestedingsfase zal men minder eisen aan de waarschuwingsplicht stellen dan op momenten daarna, wanneer de rust is weergekeerd en meer tijd genomen kan worden voor een

⁴³³ Ibid.

⁴³⁴ De voorgeschiedenis van dit systeem is beschreven in Chao-Duivis, De veranderende rollen, p. 180 e.v.

⁴³⁵ In paragraaf 3, lid 1, UAV-GC 2000 wordt bepaald dat de opdrachtgever alle informatie waarover hij beschikt en die noodzakelijk is om de opdrachtnemer in staat te stellen het werk te realiseren, ter beschikking zal stellen.

⁴³⁶ Zie Veranderende rollen, p. 166.

⁴³⁷ Dit geldt in het algemeen bij geïntegreerde contracten en ook niettegenstaande de benaming. Een mooi voorbeeld is de zaak van het foute hout. De turnkey-aannemer wilde gebruik maken van tropisch hardhout, waarop de opdrachtgever ingreep en voorschreef dat er een andere houtsoort gebruikt moest worden, hetgeen de aannemer uitvoerde. Toen na verloop van een korte tijd bleek dat het hout niet bestand bleek tegen de hoge temperaturen in het zwembad sprak de opdrachtgever de aannemer aan op grond van het turnkey-contract. Zijn verweer dat hij voor dit onderdeel niet aan te spreken was, omdat hier de klassieke verhouding was ontstaan, werd gehonoreerd door arbiters. Zij achten het echter ook in de lijn van het klassieke model liggen, dat de aannemer zou moeten waarschuwen tegen deze foute keuze, en voor het nalaten daarvan werd de aannemer dan ook aansprakelijk gehouden. Raad van Arbitrage 4 januari 1993, BR 1993, p. 480.

controle. Desalniettemin geldt ook in die periode: primair is de opdrachtgever verantwoordelijk voor gegevens door hem aangereikt. Een enkele opmerking over de gevolgen van het niet waarschuwen: in de UAV-GC 2000 is daar geen voorziening voor opgenomen. Dat betekent dat het laatste woord – tenzij partijen de regeling aanvullen – aan arbiters is en ligt het in de lijn der verwachting dat zij aanknopingspunten zullen zoeken bij de jurisprudentie onder het traditionele contract die hierboven reeds besproken is.⁴³⁸

Ontwerp- en uitvoeringsaansprakelijkheid/Aansprakelijkheid na oplevering

De ontwerp- (en de uitvoerings)aansprakelijkheid van de opdrachtnemer is vastgelegd in paragraaf 4, lid 1. Dat bepaalt dat de opdrachtnemer verplicht is de ontwerp- en uitvoeringswerkzaamheden zodanig te verrichten dat het werk op de vastgelegde datum voldoet aan de uit de overeenkomst voortvloeiende eisen. Voldoet het daaraan niet, dan is er sprake van een gebrek. In hoeverre dient de opdrachtnemer voor een gebrek op te komen? Zie voor het antwoord het bepaalde in paragraaf 28, lid 1, UAV-GC 2000: na de feitelijke datum is hij niet meer aansprakelijk. Dit is echter anders indien aan drie cumulatieve eisen is voldaan: er is een gebrek dat te wijten is aan zijn schuld, of krachtens wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt en de opdrachtgever heeft voorafgaande aan de oplevering het gebrek niet opgemerkt en zich daar ook niet bewust van geweest en bovendien had de opdrachtgever die gebreken redelijkerwijs op het tijdstip van aanvaarding niet moeten ontdekken. Op tweeërlei wijze is deze aansprakelijkheid vervolgens beperkt: in de tijd tot vijf jaar na de oplevering en tot 10 jaar bij het geheel of gedeeltelijk instorten hetzij ongeschikt raken van het werk voor de bestemming waarvoor het werk gebouwd is en dit slechts met kostbare en buitengewone voorzieningen verholpen kan worden (zie paragraaf 28, lid 2, UAV-GC 2000). De tweede beperking is geheel onbekend in de UAV 1989 en ziet op de omvang van de aansprakelijkheid: deze is in paragraaf 28, lid 3, UAV-GC 2000 beperkt tot tien procent van de in de Basisovereenkomst vastgelegde prijs voorzover deze verband houdt met de realisatie van het werk door ontwerp en uitvoering, echter met een minimum van € 1 500 000.

Bodemgesteldheid

De afstemming van de werkzaamheden (ontwerp- en uitvoering) op de bodemgesteldheid is de verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer, aldus paragraaf 13, lid 1, UAV-GC 2000. Vertraging en schade door de afstemming veroorzaakt, komen voor rekening van de opdrachtnemer. Het eerste lid geldt niet ongeclausuleerd. In het tweede lid wordt bepaald dat de aansprakelijkheid van lid 1 vervalt indien de opdrachtnemer kan aantonen dat hij ter voorkoming van vertraging, schade of gebreken alle voorzorgsmaatregelen heeft genomen, die gegeven de aard en de inhoud van de overeenkomst, de aard van het werk of van het meerjarig onderhoud en de overige omstandigheden van het geval, die van een zorgvuldig opdrachtnemer verwacht mogen worden. Alsdan is er sprake van een buitengewone omstandigheid en komt de schade niet voor rekening van de opdrachtnemer (zie paragraaf 13, lid 3, UAV-GC 2000). Vanzelfsprekend spelen hier dezelfde argumenten een rol indien er sprake is van informatie die afkomstig is van de opdrachtgever: in beginsel is de opdrachtgever daarvoor aansprakelijk, behoudens de waarschuwingsplicht van de opdrachtnemer, die weer feitelijk ingevuld dient te worden aan de hand van het moment waarop de opdrachtnemer beslissingen moest nemen op basis van deze gegevens.

⁴³⁸ De FIDIC-standaard legt de aansprakelijkheid voor de vraagspecificatie ook bij de opdrachtnemer: deze wordt geacht de gegevens gecontroleerd te hebben, ontsnappingen aan deze regel worden niet geboden. In de literatuur is twijfel aan de houdbaarheid in rechte van deze regel geuit, omdat de algemene tendens nu eenmaal is aansprakelijkheid te leggen bij degene die een beslissing neemt, zie de literatuur weergegeven bij Chao-Duivis, Veranderende rollen, p. 169.

5.6.3 Vergunningen

De verdeling van de vergunningen is in de UAV-GC 2000 eenvoudig geregeld. In artikel 6 van de Basisovereenkomst wordt bepaald dat in een annex wordt vermeld welke partij welke vergunningen verzorgt. Alles wat niet in die annex voorkomt, is de verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer. Een en ander is in de algemene voorwaarden in de paragrafen 9 en 10 nader uitgewerkt. De opdrachtgever heeft onder omstandigheden het recht de overeenkomst te ontbinden of op te zeggen in verband met de niet of niet tijdige verlening.⁴³⁹

5.6.4 Toezicht

Algemeen

De geïntegreerde opdrachtgever heeft net als de traditionele opdrachtgever behoefte aan controle op de opdrachtnemer. Het wordt echter niet passend gevonden bij dit type contract, waarbij nu juist het eigen initiatief van de opdrachtnemer ruimte moet krijgen, dat de opdrachtgever op de traditionele wijze zou controleren.⁴⁴⁰ Toch voorziet de UAV-GC 2000 in controlemogelijkheden.

Toetsen en acceptatie

Het begrip toetsen omvat een veelheid aan controlerende activiteiten, die alle erop gericht zijn na te gaan of de opdrachtnemer de werkzaamheden heeft verricht overeenkomstig de bepalingen van de overeenkomst. Het resultaat van de toetsing hoeft niet meegedeeld te worden. Sterker nog: de toelichting op de UAV-GC 2000, p. 62, gaat er van uit dat toetsen dit niet inhoudt, zij het dat niet verboden is. Niet meedelen kan overigens ook consequenties hebben, zie immers paragraaf 20, lid 4, UAV-GC 2000 dat op de opdrachtgever een waarschuwingsplicht legt. Acceptatie gaat verder dan toetsing en houdt in dat de opdrachtnemer bepaalde werkzaamheden moet voorleggen aan de opdrachtgever ter acceptatie. Het is niet de bedoeling dat de opdrachtgever wanneer het hem uitkomt het werk komt controleren. De UAV-GC 2000 gaan er in de Basisovereenkomst, artikelen 11 en 12, van uit dat vooraf afspraken worden gemaakt in toetsingsplannen en acceptatieplannen wanneer en welke werkzaamheden worden gecontroleerd en hoe dat zal gebeuren. Tevens moet worden aangegeven aan welke criteria voldaan moet worden, wil er van acceptatie sprake kunnen zijn en er moet iets afgesproken worden over de tijd. Terughoudendheid is het devies.

Rechtsgevolgen van de toetsing/acceptatie

De opdrachtgever is net als de traditionele opdrachtgever niet gehouden tot controle, maar net als de traditionele opdrachtgever kan controle gevolgen hebben. Onder de UAV-GC 2000 treden de gevolgen op een iets andere wijze in. In paragraaf 20, lid 4, UAV-GC 2000 wordt bepaald dat als de opdrachtgever bij de toetsing van de ontwerpwerkzaamheden daadwerkelijk iets opmerkt of zich daarvan bewust moet zijn geweest, op hem de verplichting rust de opdrachtnemer schriftelijk binnen bekwame tijd te informeren; dezelfde regel is opgenomen in paragraaf 21, lid 10, inzake de toetsing van uitvoeringswerkzaamheden en onderhoudswerkzaamheden. Het gaat bij deze norm niet om een behoren op te merken, maar *opmerken* of *zich daarvan bewust geweest zijn*. Bij dit laatste speelt de mate van deskundigheid aanwezig bij de opdrachtgever geen rol, het gaat om de feitelijke deskundigheid die hij aan de dag legde. De Boer had liever gezien dat meer van de opdrachtgever werd verlangd, namelijk de verplichting zich van deskundige bijstand te laten voorzien en de verplichting

⁴³⁹ Zie voor een uitvoerige bespreking, Koning, *De veranderende rollen*, p. 227 e.v.

⁴⁴⁰ Theoretisch lijkt het overigens niet onmogelijk.

ting datgene te melden wat de opdrachtgever had kunnen opmerken.⁴⁴¹ Daarmee rakelt hij een wel heel oude discussie op, namelijk die in de vorige eeuw werd gevoerd over het niet vrij laten van de opdrachtgever in zijn keus om directie te voeren. Deze wens gaat er echter aan voorbij, dat het werk primair wordt uitgevoerd door de aannemer – zowel onder een traditioneel als een geïntegreerd contract – en dat controle daarop een hulpmiddel is van de opdrachtgever en niets dat ten goede dient te komen aan de uitvoerder. Die moet zijn eigen controle-apparaat maar op orde hebben of desnoods buitenstaanders contracteren hem te controleren. Kwaliteitsborging is een ander middel dat de opdrachtnemer ten dienste kan staan. Wel is het natuurlijk zo dat als er controle gevoerd wordt, dit niet zonder juridische consequenties kan blijven. Betoogd zou kunnen worden dat controle het beheersen van risico's vergroot, omdat er immers een extra kans is dat zij worden onderkend. De kosten en de tijd die er mee gemoeid zijn, wegen hier tegen op. Dat is juist en dat is ook de reden dat er bij een traditioneel voor gekozen wordt. In beginsel gaat deze redenering ook zonder meer bij een geïntegreerd contract op. Maar daar staat tegenover de keuze die gemaakt is voor een geïntegreerd contract, welke keuze nu eenmaal mede ingegeven is om de opdrachtnemer ruimte te geven. Vanuit dat uitgangspunt is er iets voor te zeggen hem ook in controlerende zin de nodige vrijheid te laten. Maar een verdergaande controle op de opdrachtnemer staat niet ten principale haaks op de gedachte van een geïntegreerd contract.

5.6.5 Wijzigingen

De wijzigingsbevoegdheid van de opdrachtgever is in paragraaf 14, lid 1 UAV-GC 2000 nauwgezet omschreven. Waar de opdrachtnemer met het ontwerp en de uitvoering is belast, passen goede afspraken over de bevoegdheid van de opdrachtgever over wijzigingen. Het is verder niet zo dat de opdrachtgever zo maar eenzijdig een overeenkomst zou kunnen wijzigen. Zijn bevoegdheid dient hij om te beginnen schriftelijk uit te oefenen en is beperkt tot wijzigingen van de eisen opgenomen in de vraagspecificatie, van bepaalde keuzen van de opdrachtnemer, van geaccepteerde documenten, van geaccepteerde gemachtigden of zelfstandige hulppersonen, van geaccepteerde werkzaamheden en van geaccepteerde resultaten van werkzaamheden. Het gaat hier om een limitatieve opsomming. De aannemer is onder bepaalde voorwaarden niet verplicht opgedragen wijzigingen uit te voeren. Daartoe bepaalt lid 6 van paragraaf 14 UAV-GC 2000 dat de aannemer, verkort weergegeven, de wijziging niet hoeft uit te voeren, indien de wijziging niet schriftelijk is opgedragen, indien een onaanvaardbare verstoring van de werkzaamheden het gevolg zou zijn; indien technisch of qua capaciteit te veel van hem gevraagd wordt; indien de uitvoering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gelet op de wederzijdse belangen onaanvaardbaar zou zijn. De opdrachtgever is op grond van paragraaf 3, lid 3 aansprakelijk voor de inhoud van de wijziging, zij het dat op de opdrachtnemer een waarschuwingsplicht rust, zie paragraaf 4, lid 7 UAV-GC 2000. Een algemene verplichting om orders en aanwijzingen van de (of zijdens de) opdrachtgever op te volgen, vergelijkbaar met die verplichting onder de UAV 1989, kent de UAV-GC 2000 niet.

5.6.6 Conclusie

Het geïntegreerde contract biedt de opdrachtgever de mogelijkheid zich minder met de bouw (ontwerp, uitvoering en eventueel onderhoud) te bemoeien dan onder een traditioneel contract. De opdrachtgever heeft

⁴⁴¹ De Boer, L.C., Toetsing en acceptatie in de UAV-GC 2000, BR 2000, p. 659–660.

daarmee ook minder verantwoordelijkheden. Deze zijn verschoven naar de opdrachtnemer, die deze zal prijzen. De mindere bemoeienis van de opdrachtgever kan met zich brengen dat er onzekerheid is betreffende gekozen oplossingen door de opdrachtgever. Ten dele zal de opdrachtgever dat hebben te accepteren, omdat dat inherent is aan dit model. Anderzijds kan hij gebruik maken van de controlemogelijkheden die de Nederlandse standaard UAV-GC 2000 biedt. Deze standaard is – weliswaar op een iets andere manier dan de UAV 1989 – tot stand gekomen in een breed overleg. De standaard is gegeven het andere model net zo evenwichtig als de UAV 1989 en steekt gunstig af ten opzichte van internationale contracten. Van belang is wederom, dat de opdrachtgever bewust, voorafgaande aan de totstandkoming van de overeenkomst, afweegt wat hij wil. Ook hier geldt, dat gaande de rit niet meer gekozen kan worden voor een model dat bijvoorbeeld meer invloed met zich brengt voor de opdrachtgever. Althans: daar zal een hoge prijs voor betaald moeten worden.

5.7 Allianties

5.7.1 Inleiding

De alliantie is een betrekkelijk nieuwe contractvorm in het bouwcontractenrecht. Kenmerkend voor dit model is dat de opdrachtgever anders dan bij het geïntegreerde contract zich niet terugtrekt, maar juist een nauwere samenwerking met de opdrachtnemer aangaat. Daartoe richten beide partijen een alliantie op, waarin beide delen in de risico's die een werk met zich brengt alsmede in de kansen. De alliantie biedt een alternatieve weg ten opzichte van de tot nu toe beschreven contracten voor de vraag naar de risicoverdeling. De bespreking is kort gehouden, omdat met deze contractvorm nog maar weinig ervaring is opgedaan. Er is een standaard ontwikkeld voor de alliantie door NAP, Ontmoetingsplatform voor de procesindustrie en haar toeleveranciers: Alliantieprojecten in de industrie, bundeling van theorie en ervaring. Naar deze standaard zal in het volgende worden verwezen.⁴⁴²

5.7.2 Organisatie van de alliantie

De bedoeling van een alliantie is om onderlinge tegenstrijdigheden zoveel mogelijk weg te nemen; partijen willen op voet van gelijkheid met elkaar omgaan en elkaar niet als tegenpartij zien. Dit heeft organisatorisch grote consequenties.

Partijen vormen met elkaar een nieuwe onderneming, waarin zij beide participeren. Het is dan ook de bedoeling dat medewerkers die betrokken zullen zijn bij het project, zich niet meer zien als afgevaardigde van hun eigen onderneming, maar zien als medewerkers van de alliantie. Dit samenwerkingsverband wordt in de Napred-standaard niet als een vennootschap onder firma (vof) benoemd, aangegeven wordt zelfs dat in de praktijk wel getracht wordt om de aanwezigheid van een vof tussen partijen uit te sluiten. De vraag is of die wens realiseerbaar is. In De Veranderende rollen wordt vastgesteld dat het hier toch gaat om een vof gaat.⁴⁴³ Dit heeft als consequentie dat de vennoten voor het geheel hoofdelijk zijn verbonden en daarnaast wordt aan het vermogen dat gezamenlijk aan de vennoten toebehoort een afgescheiden karakter toegekend.⁴⁴⁴ In de literatuur wordt ook bepleit de alliantie in de vorm van een maatschap te gieten.⁴⁴⁵

De alliantie is een zelfstandige organisatie los van de «moederbedrijven» en om die reden heeft de alliantie een eigen bestuur nodig. Het standaard-

⁴⁴² Voor een uitgebreide bespreking, zie Chao-Duivis, *Veranderende rollen*, Hoofdstuk VII.

⁴⁴³ Chao-Duivis, *De veranderende rollen*, p. 378.

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ Op deze vorm gaat M.A.M.C. van den Berg in een artikel in het najaar van 2002 in *Bouwrecht* in.

contract en de praktijk laten grosso modo de volgende opzet zien. Het beleid van de alliantie wordt bepaald door het bestuur, dat ook beslist over kwesties waarover binnen het Project Management Team geen overeenstemming wordt bereikt. Het bestuur bestaat uit drie personen die elk een der drie partijen vertegenwoordigt (het genoemde model gaat uit van drie participerende partijen). Het voorzitterschap rouleert. Een kwestie die een aantal keren op de agenda stond, wordt op een gegeven ogenblik gekwalificeerd als een geschil waarover een raad van wijze mensen zich kan buigen. Het dagelijks bestuur wordt door een Project Management Team gevormd.

5.7.3 Taken van de alliantie

De alliantie is verantwoordelijk en aansprakelijk voor het uitvoeren van het werk binnen de gestelde tijd en conform de eisen van het prestatiebestek alsmede dat bij de oplevering van het werk een maximaal financieel resultaat wordt behaald. De alliantie is niet per se belast met alle werkzaamheden nodig voor de realisering van een bouwwerk, maar kan ook belast zijn met bijvoorbeeld het ontwerp of alleen de uitvoering, dan wel delen daarvan. Is de alliantie alleen belast met het ontwerp dan zal deze ook belast zijn met de controle op de uitvoering van de aannemer.

5.7.4 Alliantiefonds

In het alliantiefonds wordt volgens het Napred-model, dat wederom in grote lijnen overeenkomt met wat in de praktijk gebeurt, kapitaal ingebracht door de opdrachtgever. Heeft de alliantie meer nodig, dan zal volgens een bepaalde verhouding bijgestort worden door beide partijen. Aan het einde van het werk vindt een afrekening plaats, waarbij het saldo wordt verdeeld over partijen volgens een vooraf overeengekomen sleutel. De relatie met de aanneemsom is zo dat het fonds wordt verhoogd wanneer besparingen worden bereikt door optimalisatie van het ontwerp en wel door het gelijktijdig verlagen van de aanneemsom met een zelfde bedrag. Ook kortingen toe te passen op de aannemingssom komen ten goede aan het alliantiefonds. Het alliantiefonds maakt het mogelijk dat partijen daadwerkelijk belang hebben bij een zo goed mogelijke prestatie van de andere partijen bij de alliantie en dit vormt dan ook naast de organisatie de motor achter het voorkomen van geschillen.

5.7.5 Conclusie

Met de alliantie is veel ervaring opgedaan in het buitenland. Daarbij waren vooral ook overheidsopdrachtgevers betrokken. De ervaringen zijn in het algemeen zeer positief, al wordt wel geklaagd over de tijd die het vele overleg soms kost. Dat verhoudingen er mee verbeteren, lijkt buiten kijf te staan. Dit model verlangt van de opdrachtgever een actieve houding, maar ook een houding die fundamenteel anders is dan die van de klassieke verhouding van opdrachtgever-opdrachtnemer. Het model bevat elementen die de voortgang van het werk bevorderen en waarvan geleerd kan worden bij de andere modellen.

5.8 Publiek-private samenwerking (PPS)

5.8.1 Inleiding

De bespreking van de publiek-private samenwerking zal eveneens kort zijn. Van PPS bestaan verschillende omschrijvingen, die in de volgende paragraaf aan de orde komen. De omschrijvingen hebben gemeen dat zij alle een manier van samenwerken van overheid en private partners beschrijven. Deze samenwerking impliceert altijd dat er nader vorm gegeven moet worden aan onderdelen van de afspraak. In het PPS-contract wordt dan ook de grote lijn afgesproken, bijvoorbeeld: een bepaald gebied zal ontwikkeld worden en dat zal gebeuren met een bepaald aantal partijen, die al dan niet individueel een deel van de werkzaamheden op zich zullen nemen. Maar vervolgens zal contractueel inhoud gegeven moeten worden aan deze grote lijn. Met de aannemer zal een aannemingsovereenkomst gesloten moeten worden, waarbij alle keuzen openstaan: een traditioneel contract, een bouwteam of geïntegreerd contract of wat dan ook. Juridisch is PPS geen afzonderlijke grootheid zoals een van de modellen die tot nu toe zijn beschreven. Er is geen standaard voor en gezien de steeds wisselende wensen van de betrokkenen, zal die er ook niet komen. Zoals in Bouwrecht in kort bestek is aangegeven vormt PPS een containerbegrip, waaronder tal van samenwerkingsvormen tussen overheden en private partijen kunnen schuil gaan. In de nu volgende paragrafen wordt alleen ingegaan op het begrip PPS en op de vraag wanneer een PPS-contract in beeld komt.

5.8.2 Definities

Van PPS bestaan nogal wat definities. Het voert te ver deze hier allemaal te noemen. Volstaan wordt met de definitie van het Kenniscentrum PPS van het ministerie van Financiën: «Bij een PPS-project: werken overheden en bedrijfsleven samen op basis van duidelijke, contractueel vastgelegde afspraken; is contractueel vastgelegd wie waarvoor verantwoordelijk is en wie welke kosten en risico's draagt; gaat het om het realiseren van zowel maatschappelijke als commerciële doelen; verwachten beide partijen dankzij de samenwerking en de inbreng van ieders specifieke deskundigheid een beter resultaat tegen dezelfde kosten te realiseren (of hetzelfde resultaat tegen geringere kosten); behoudt elke partij zijn eigen identiteit en verantwoordelijkheid.»⁴⁴⁶ De definitie is kwetsbaar, omdat eigenlijk alles wat er in is opgenomen ook van toepassing is op vrijwel iedere andere contractuele relatie. Over de richting van de verdeling van de taken en risico's is evenmin iets opgenomen; dat is ook niet mogelijk, omdat aan iedere samenwerking weer op een andere manier inhoud gegeven wordt.

5.8.3 Gebruik van PPS⁴⁴⁷

PPS-contracten worden door de overheid met name gebruikt waar het gaat om de bouw in de brede zin van het woord, dat wil zeggen het gaat om grondbeleid, ontwikkeling van stedelijke gebieden/stedelijk beheer, herontwikkeling van gebieden, ontwikkeling van infrastructuur al dan niet in combinatie met de omgeving.

In de burgerlijke en utiliteitssector is de behoefte aan samenwerking tussen overheden en private partijen voor een deel ingegeven door het feit dat de grondeigendom van beoogde (woning)bouwlocaties bij private partijen in handen is. Gebleken is dat dit in de weg staat aan een actieve grondpolitiek en dit heeft geleid tot verschillende samenwerkingsvormen

⁴⁴⁶ Ontleend aan Bregman, Bouwrecht in kort bestek, p. 253.

⁴⁴⁷ Tenzij anders vermeld, is het onderstaande ontleend aan Bregman, Bouwrecht in kort bestek, p. 254 e.v.

tussen overheden en private partijen. Een drietal modellen is daarbij te onderscheiden:

- Het *bouwclaimmodel*, waarbij de grond in eigendom hebbende marktpartijen zich verplichten deze tegen een vaste prijs aan de gemeente over te dragen, in ruil waarvoor de marktpartijen te zijner tijd bouwrijpe kavels krijgen toebedeeld. De prijs die de gemeente betaalt, ligt lager dan die de private partij destijds zelf betaalde. De laatste verwacht echter dat verschil goed te maken bij de ontwikkeling en/of de bouw van woningen op de kavels.
- Het tweede model is het *joint-venturemodel*, waarbij gemeente en private partijen gezamenlijk een grondexploitatie maatschappij oprichten, aan welke maatschappij de betreffende grond in het plangebied wordt overgedragen. Deze onderneming is vervolgens verantwoordelijk voor het woon- en bouwrijp maken en voor de gronduitgifte.
- Bij het *concessiemodel* krijgen de private partijen beschikking over alle gronden op een locatie (van de oorspronkelijke eigenaren dan wel van de gemeenten). Deze partijen zorgen daarna voor het bouw- en woonrijp maken van de grond, waarbij de gemeente randvoorwaarden stelt.

Een vorm van PPS doet zich ook voor als naast de gebruikelijke bouwtaaken (ontwerpen en uitvoeren) ook de financiering en de exploitatie geheel of gedeeltelijk aan de opdrachtnemer wordt gelaten. In dat geval spreekt men van een Build Operate Transfer-contract, of van een van de varianten daarop.⁴⁴⁸ Bij dit soort contracten wordt de opdrachtnemer gefinancierd door de exploitatie van het gebouwde, hem wordt daartoe een concessie verleend. De verdeling van risico's bij een dergelijk, vaak langlopend contract, is complex, omdat het onderwerp van het contract, bijvoorbeeld een tunnel of een weg, van oudsher een typische overheidstaak is. Overheden hebben er vaak een politiek belang bij zich toch met de exploitatie te blijven bemoeien. Dat vereist een nauwkeurige afbakening van de functies en aansprakelijkheden van partijen.

In sommige gevallen wordt gewerkt met een zogenaamd combinatie-model. Dit doet zich voor indien de ontwikkeling van een infrastructureel werk gepaard gaat met de ontwikkeling van de omgeving, waarin het werk zich bevindt. Men denke hier aan bijvoorbeeld een stationslocatie.

5.8.4 Conclusie

PPS is een containerbegrip, een begrip waaronder veel regelingen kunnen vallen. Met de enkele opmerking, dat men «een PPS wil», is eigenlijk nog nergens voor gekozen, net zoals wanneer men aangeeft dat men een UAV-GC 2000-contract wil. Nadere keuzen dienen nog gemaakt te worden. Het enige dat de term lijkt aan te geven, is dat de overheidsopdrachtgever zoekt naar wegen om private partijen mee te laten participeren in de financiering van een project. Hoe de financiering en de overige condities van het project geregeld zullen worden, is nog geheel open. Het kan dan ook niet zo zijn, dat het enkele kiezen voor PPS (gegeven het volkomen onduidelijk zijn, wat dan gekozen wordt) reeds aanleiding is tot bepaalde verwachtingen, bijvoorbeeld de verwachting dat een werk dan de overheid minder zou kosten, of dat het werk sneller klaar zal zijn. Juist dezer dagen is de Algemene Rekenkamer met conclusies gekomen naar aanleiding van onder meer het PPS-project HSL-Zuid Infraprovider en deze zijn niet onverdeeld positief.⁴⁴⁹ Zo is de Rekenkamer kritisch over de financieel-economische instrumenten die ontwikkeld zijn en vindt zij de onderbouwing van de efficiencywinst in het geval van de HSL-Zuid Infraprovider niet overtuigend onderbouwd.

⁴⁴⁸ Zie voor een uitvoerige bespreking van dit model, Chao-Duivis, De veranderende rollen, Hoofdstuk VI.

⁴⁴⁹ Algemene Rekenkamer, Nieuwe financiële instrumenten in publiek-private samenwerking, Den Haag, juli 2002.

6. SAMENVATTING EN CONCLUSIES

6.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken zijn de juridische kaders op het gebied van aanbesteding, mededinging en contractvorming beschreven ter beantwoording van de onderzoeksvragen van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid. De onderzoeksopdracht omvatte de volgende vragen:

- een inventarisatie van de relevante wet- en regelgeving;
- een beschrijving op welke punten de wet- en regelgeving in de loop der tijd is veranderd en welke overwegingen daarbij een rol hebben gespeeld;
- een beschrijving van de gevolgen die bedoelde veranderingen voor het ontstaan van onregelmatigheden hebben gehad;
- een inventarisatie van de relevante jurisprudentie;
- een inventarisatie van recente ontwikkelingen omtrent contractvormen en de daarbij gehanteerde toedeling van risico's aan de opdrachtgever en aannemers;
- een beschrijving van de formele rol en positie van de instanties die belast zijn met toezicht en handhaving van relevante wet- en regelgeving alsmede die van de Raad van Arbitrage.

Ingegaan is op de inhoud en handhaving van de relevante wet- en regelgeving op internationaal en nationaal niveau. Ontwikkelingen in de wet- en regelgeving inzake aanbesteding, mededinging en contractvorming zijn de revue gepasseerd. Met name het belang van Europese rechtskaders is onderstreept.

Bij wijze van samenvatting zal een aantal rode draden uit de voorgaande hoofdstukken worden opgepakt. Daarbij zullen thema's en knelpunten die de enquêtecommissie heeft aangegeven in het bijzonder aandacht krijgen: zoals rekenvergoedingen, combinatievorming en uitsluitingsmogelijkheden van malafide aannemers.

Achtereenvolgens komen de volgende onderwerpen aan de orde:

- De structuur van de Nederlandse *aanbestedingsregelgeving*. Nader wordt ingegaan op de volgende knelpunten: leurgedrag van opdrachtgevers; de niet-passende aanbidding; rekenvergoedingen; de mogelijkheden van uitsluiting van aannemers.
- Het *integriteitsbeleid van de overheid*, waarbij knelpunten in de Wet BIBOB aan de orde komen, alsook de dilemma's waarin aanbestedende diensten kunnen komen te verkeren.
- *Toezicht en handhaving* in het kader van het aanbestedingsrecht, waarbij onder meer wordt ingegaan de wijze van geschilbeslechting via de Raad van Arbitrage.
- De Europese en Nederlandse regelgeving inzake *mededinging* en de handhaving daarvan. Aan de orde komen de concentratie- en combinatievorming van bedrijven, «verticale» en «horizontale» rekenvergoedingen en het instrumentarium van de NMa.
- De *contractvorming* in de bouwnijverheid, met bijzondere aandacht voor de risico- en expertiseverdeling over de marktpartijen.

De beschouwingen over elk van deze onderscheiden rechtsgebieden en beleidsthema's monden uit in een of meer conclusies die terwille van de leesbaarheid apart zijn omkaderd. In de slotbeschouwing, het volgende hoofdstuk, wordt hierop voortgeborduurd.

6.2 Aanbestedingsregelgeving

6.2.1 Implementatie en uitwerking van de Europese aanbestedingsregelgeving

Europese wet- en regelgeving

Voor aanbestedingen van Nederlandse overheden vormt de Europese regelgeving het belangrijkste uitgangspunt en toetsingskader. Het Gemeenschapsrecht is gericht op het verwezenlijken van een Gemeenschappelijke markt voor de lidstaten. In het Gemeenschapsrecht is daarom een belangrijke plaats ingeruimd voor vier vrijheden: het vrije verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal. Voorts verbiedt het EG-Verdrag gedragingen en nationale regelgeving die het handelsverkeer tussen de lidstaten belemmert.

Met het oog op het realiseren van de Gemeenschappelijke markt zijn ten aanzien van aanbestedingen door overheden van de lidstaten een viertal richtlijnen vastgesteld: voor de uitvoering van werken (zoals bouwwerken), voor het doen van leveringen, voor het verrichten van diensten en voor de nutssectoren. De aanbestedingsrichtlijnen zijn gebaseerd op drie principes: transparantie van procedures, non-discriminatie van ondernemingen uit andere lidstaten en objectiviteit van de te stellen beoordelingscriteria.

Europese richtlijnen zijn echter geen spoorboekjes; zij bepalen slechts waaraan alle lidstaten ten minste moeten voldoen. In die zin beogen de richtlijnen meer eenheid in de verscheidenheid van de wet- en regelgeving van de lidstaten te brengen. De lidstaten dienen zelf voor implementatie in hun nationale rechtsstelsels zorg te dragen. Dat kan gebeuren door een vertaling van een richtlijn in de eigen wetgeving of door een één-op-één-verwijzing naar de bedoelde richtlijn.

Formeel: verwijzingswetgeving

Wat de implementatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen in Nederland betreft, is het van belang onderscheid te maken tussen de formele en de praktische aspecten. De implementatie van de richtlijnen heeft in Nederland plaatsgevonden in de vorm van de zojuist genoemde verwijzingswetgeving. In 1993 kwam de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen tot stand. Daaraan is onder meer invulling gegeven door het Besluit overheidsaanbestedingen waarin – via verwijzingswetgeving – de drie Europese richtlijnen voor de klassieke overheid zijn geïmplementeerd. De richtlijn voor de nutssectoren is met het Besluit aanbestedingen nutssector op een analoge wijze ingevoerd.

Door de één-op-één-verwijzing naar de Europese regelgeving is het formele wettelijke stelsel in Nederland letterlijk in overeenstemming met de aanbestedingsrichtlijnen. Dit voordeel kent ook een keerzijde. Door verschillen tussen de rechtsstelsels van de lidstaten onderling enerzijds en tussen deze stelsels en het Europese rechtsstelsel anderzijds, komt het regelmatig voor dat dezelfde begrippen naar gelang de rechtscontext een andere lading en betekenis hebben of dat ook nog andere, in nationaal verband relevante, begrippen een rol spelen. Dat geldt in de aanbestedings sfeer bijvoorbeeld voor begrippen als «aanbestedende dienst», «publiek-rechtelijke instelling», «uitsluitingsgronden», «passende aanbieding», aspecten met betrekking tot «gunning» en de toepassing van de procedure van gunning via onderhandelingen. De interpretatievrijheid van nationale overheden en rechters is overigens beperkt. Het Hof van Justitie EG is bij uitsluiting bevoegd vast te stellen wat een richtlijn in een concreet geval impliceert.

Praktijk

In de praktijk van de overheidsaanbestedingen voor werken zijn de voorschriften vormgegeven in uniforme aanbestedingsreglementen. Het betreft regels die in een breed overleg tussen de drie «bouwministeries» en het betrokken bedrijfsleven tot stand zijn gekomen zonder dat het parlement bij de totstandkoming daarvan betrokken is geweest: te weten het UAR-EG 1991 voor werken van meer dan ongeveer € 6,2 miljoen en het recente UAR 2001 (als opvolger van het UAR 1986) voor werken beneden dit drempelbedrag. Deze reglementen zijn gebaseerd op beleidsregels, waaraan geen wettelijke bepalingen ten grondslag liggen. De reglementen hebben ook geen formele relatie met het hiervoor genoemde Besluit overheidsaanbestedingen.

Wat het toepassingsbereik van de reglementen betreft zijn twee kanttekeningen vooral van belang. Ten eerste zijn de reglementen slechts verplicht voor delen van de rijksoverheid. In de praktijk passen overigens ook andere (semi-)overheidsinstanties ze toe. De meeste aanbestedende diensten in de nutssector beschikken over eigen reglementen of sluiten aan bij het UAR-EG 1991 en het UAR 2001. Ten tweede zijn de Europese richtlijnen ook van toepassing op zogenaamde publiekrechtelijke instellingen en op ondernemingen die voor bepaalde werken overheids-subsidies ontvangen. Tegen deze achtergrond ligt de gekozen methode van uitwerking minder in de rede. Een strakker en eenvormiger juridisch kader voor de opdrachtverlening op het terrein van werken zou deze zwakke kanten kunnen oplossen.

Met name bij decentrale overheden blijkt onduidelijkheid te bestaan over de toepasselijkheid van de regels (wie is aanbestedende dienst, welke richtlijnen zijn van toepassing en hoe moeten zij in de praktijk worden toegepast).

Conclusies inzake aanbestedingsregelgeving:

- Door de één-op-één verwijzing is de Nederlandse wetgeving formeel in overeenstemming met de Europese aanbestedingsrichtlijnen.
- Het Nederlandse stelsel van aanbestedingsregelgeving vertoont door zijn uitwerking via zelfregulering een verbrokkeld en ingewikkeld beeld.
- De uitwerking in de vorm van reglementen heeft een juridisch zwakke basis: het is pseudo-wetgeving.
- Alleen het Hof van Justitie is bevoegd de Europese aanbestedingsrichtlijnen rechtsgeldig te interpreteren.

6.2.2 Het vraagstuk van «leuren»

Leuren door een opdrachtgever is een in de bouwwereld zwaar bestreden en gevreesd fenomeen. Het voorkomen van leuren is een van de motieven om de wijze waarop overheidsopdrachten in de bouwsector worden verstrekt te «reguleren». Leuren is ongewenst, omdat de bouwsector het opstellen van een offerte ook als «werk» beschouwt. Als een opdrachtgever aan de haal gaat met het resultaat van dat werk (de offerte), zonder hiervoor te betalen, en vervolgens daarmee naar een ander gaat om tegen een lagere prijs het bouwwerk uit te laten voeren, is dat in beginsel onrechtmatig naar die aannemer.

In de private sector maken opdrachtgevers regelmatig gebruik van leuren. Private opdrachtgevers zijn immers doorgaans niet gebonden door de aanbestedingsrichtlijnen. Grote bedrijven kiezen vaak eigen wijzen van aanbesteden. Hoewel leuren ook in de private sector onrechtmatig jegens de aannemer is, wordt naar verluidt leuren in dit gedeelte van de bedrijfstak stilzwijgend aanvaard.

In Nederland – evenals in buitenlandse rechtsstelsels – bestaan voor de overheid regels om leuren te voorkomen. Het gaat daarbij deels om procedureregels die rechtstreeks uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen voortvloeien. Deels betreft het tot de aanbesteders gerichte gedragsregels, die deel uitmaken van de rechtsverhoudingen tussen de aanbesteder en de aannemers. In het UAR 1986 was een leuerverbod vastgelegd. Voor aanbestedingen onder de Europese aanbestedingsdrempel (minder dan ongeveer € 6,2 miljoen) is thans veelal het UAR 2001 van toepassing. Daarin is een geclausuleerde gunningsplicht geïntroduceerd. Uitgangspunt is dat de aanbesteder in beginsel is gehouden het werk te gunnen aan de laagste inschrijver, tenzij geen passende aanbieding is gedaan en overleg tussen aanbestedende dienst en aannemer daarover geen oplossing brengt.

Leurgedrag wordt dus in de regelgeving tegengegaan. Handelen in strijd met deze regelgeving en gaan leuren met de door de laagste inschrijver uitgebrachte prijs is in strijd met de precontractuele goede trouw. Het is daarmee naar de andere partij onrechtmatig. Strikt juridisch is hier geen lacune. Of de benadeelde partij het opportuun en lonend acht tegen leuren in een concreet geval stappen te ondernemen, is een vraag van andere orde die in dit onderzoek niet nader onderzocht is. Maar het is zeer wel denkbaar dat hieraan een kosten/baten-analyse van betrokkene voorafgaat. Daarbij kunnen verschillende factoren een rol spelen: de tijd en kosten van een juridisch geschil of de inschatting van mogelijk negatieve gevolgen daarvan voor de toekomstige relatie met de opdrachtgever, met name als het een belangrijke opdrachtgever betreft. Indien de kosten in de ogen van betrokkenen doorgaans de overhand zouden hebben, legt dat een extra verantwoordelijkheid bij het controlesysteem van de aanbestedende dienst.

Conclusies inzake «leuren» van overheid als opdrachtgever:

- Zowel het Europeesrechtelijk als het nationaalrechtelijk kader voorziet in voldoende mate in het tegengaan van «leurgedrag» van overheidsopdrachtgevers.
- De (geringe) mate waarin «leurkwesties» voor de rechter worden gebracht en worden gewonnen, is geen betrouwbare maatstaf voor de frequentie van leurgedrag.

6.2.3 De «niet-passende» aanbidding

Offertes en bewijslast opdrachtgever

Onderhandelingen tijdens de aanbesteding staan op gespannen voet met de eerder genoemde beginselen van objectiviteit, transparantie en non-discriminatie. De Richtlijn Werken en de Richtlijn Nutssectoren staan daarom het volgen van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking slechts onder strikte – limitatief opgesomde – voorwaarden toe. De openbare en niet-openbare aanbestedingsprocedures hebben het primaat. De mogelijkheden van de procedure van gunning via onderhandelingen moeten in het kader van het Gemeenschapsrecht dan ook restrictief worden uitgelegd.⁴⁵⁰

Indien bij toepassing van het gunningscriterium «laagste prijs» een opdrachtgever niet aan de laagste inschrijver wil gunnen omdat hij de inschrijfsom te hoog acht, zal hij deze veelal willen aanmerken als een niet-passende aanbidding. Volgens de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage zal de aanbestedende dienst in deze omstandigheden aan een aantal eisen moeten voldoen. Zo zal hij moeten aantonen dat de gedane laagste inschrijving hoger is, dan hij op basis van de door hem opgestelde

⁴⁵⁰ Zie bijlage 1 voor een overzicht van aanbestedingsprocedures.

– en aan de inschrijver overgelegde – begroting redelijkerwijs mocht verwachten. Hij zal daarnaast moeten aantonen dat de begroting van de laagste inschrijver *kennelijke* tekortkomingen bevat. Pas als gedegen overleg tussen partijen daarover niet tot een oplossing leidt, is de aanbesteder vrij om het werk niet op te dragen. Dan pas kan hij de aanbesteding volgens een procedure van gunning via onderhandelingen voortzetten.

De Raad van Arbitrage hanteert als uitgangspunt voor de beoordeling van wel of niet passendheid van een aanbieding het criterium of de *inschrijving past bij het aan te besteden werk*. Daarbij is niet uitsluitend de hoogte van de inschrijfsom van belang. Ook de vraag of de inschrijving voldoet aan de eisen van een correcte inschrijving is aan de orde. Wat de hoogte van de inschrijving betreft, gaat de Raad van Arbitrage ervan uit dat een in vrije concurrentie tot stand gekomen inschrijfsom in principe als een correcte, marktconforme prijs moet worden aangemerkt. Dit is een zeer strikte uitleg van het UAR-EG 1991.

Op deze strenge uitleg van het begrip «passende aanbieding» en de daaraan ten grondslag liggende juridische redenering valt op zich weinig af te dingen. Maar de redenering gaat uit van een volledig vrije en transparante markt. De vraag is of deze veronderstelling voldoende in overeenstemming met de werkelijkheid is om als uitgangspunt voor de opgelegde bewijsvoering te dienen. Op grond van resultaten van de Parlementaire Enquête Bouwnijverheid mag worden aangenomen, dat de markt niet volledig transparant is en er gereede aanwijzingen zijn voor onwenselijke gedragingen in die markt. Daarmee is evenwel het bewijs van die onwenselijke gedragingen in concrete geschillen die aan de Raad worden voorgelegd, nog niet geleverd. De Richtlijn Werken geeft geen aanwijzing dat de door de Raad van Arbitrage gehanteerde beslislijn de enig juiste weg is. Vast staat evenwel dat de redenering van de Raad de bewijslast vooral bij de aanbesteder legt.

Verandering bewijslast

De bewijslast die vorenbedoelde jurisprudentie bij de aanbesteder legde, werd door de overheid te zwaar en te eenzijdig geacht. Het lijkt er op dat de aanbesteder hard moet maken dat er prijsopdrijvende afspraken zijn gemaakt, wil hij de niet-passendheid kunnen aantonen. De overheid zag daarom uit naar een evenwichtiger verdeling van de bewijslast. In het recente UAR 2001 is met de door de Raad van Arbitrage ingezette lijn uitdrukkelijk gebroken. Indien aanbiedingen zijn gedaan die hoger zijn dan de aanbestedende dienst op basis van een zorgvuldige begroting redelijkerwijs mocht verwachten, zijn volgens het UAR 2001 de aanbestedende dienst en de inschrijver, die voor de opdracht het meest in aanmerking zou komen, verplicht tot overleg. De zorgvuldigheid van de begroting van de aanbesteder, dus niet meer de offerte van de aannemer, is daarbij het uitgangspunt geworden. De bewijslast voor de aanwezigheid van een onaanvaardbaar hoge inschrijving blijkt bij de aanbestedende dienst te berusten, maar nu onder verwijzing naar zijn eigen begroting. Aan de hand daarvan wordt vastgesteld of sprake is van een zodanig hoge inschrijfsom dat de aanbesteder van gunning van het werk mag afzien. Dit overleg mogen partijen niet te snel afbreken. Partijen moeten rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Bereiken partijen uiteindelijk geen overeenstemming en besluit de aanbestedende dienst de aanbesteding te staken, dan spreekt men van een mislukte aanbesteding.⁴⁵¹ Vervolgens kan een nieuwe procedure worden gestart.

⁴⁵¹ Zie uitgebreider hoofdstuk 3.4.2.

Mogelijke divergentie

De thans in de Nederlandse praktijk in het UAR 2001 uitgezette lijn met betrekking tot de passende aanbidding lijkt niet in strijd met de Europese regelgeving, mits deze door het voeren van overleg niet op gespannen voet komt te staan met de restrictieve toepassing van de procedure van gunning via onderhandelingen. In dit verband zij erop gewezen dat het nieuwe UAR 2001 op onderdelen substantieel verschilt met het UAR-EG 1991. Te verwachten valt dat er een divergentie in uitspraken afhankelijk van de toepasselijkheid van het UAR 2001 of het UAR-EG 1991 – zal ontstaan. Beide trajecten worden namelijk beheerst door een ander onderliggend rechtsstelsel: het ene is puur civielrechtelijk, het andere meer Europeesrechtelijk van aard. Divergentie in uitspraken lijkt echter ongewenst ingeval van gelijksoortige aangelegenheden, met gelijksoortige partijen en gelijksoortige belangen. Ook hieraan kan een argument worden ontleend voor een pleidooi om tot een meer coherent, strakker juridisch kader voor aanbestedingen te komen.

Conclusies inzake niet-passende aanbidding:

- Het aanmerken van een aanbidding als niet-passend dient in het licht van de Gemeenschapsregelgeving restrictief te worden geïnterpreteerd.
- Europeesrechtelijk gezien dienen aanbestedingen in beginsel zonder onderhandeling over de prijs plaats te vinden. Overleg over een niet-passende aanbidding, dat zich doorgaans richt op een verklaring van de verschillen in begroting tussen opdrachtgever en aanbieder, mag daarom niet de vorm van onderhandeling aannemen.
- Vòòr de inwerkingtreding van UAR 2001 diende de opdrachtgever bij een niet-passende aanbidding te bewijzen, dat de offerte van de laagste inschrijver te hoog was aan de hand van de posten die de inschrijver zelf had gecalculleerd. Sindsdien mag de aanbesteder als grondslag voor het oordeel van de niet-passendheid de door hem opgestelde begroting hiervoor als uitgangspunt hanteren, mits deze zorgvuldig is opgesteld. Voor het UAR-EG 1991 blijft de grondslag voor de bewijslast ongewijzigd.
- Door verschillen tussen het UAR 2001 en het UAR-EG 1991, dat onveranderd is gebleven, zijn in de toekomst verschillende uitkomsten te verwachten voor gelijksoortige aangelegenheden waarbij vergelijkbare partijen en belangen in het geding zijn.

6.2.4 Rekenvergoedingen

Tot in de begin jaren negentig waren in Nederland afspraken tussen ondernemers over een rekenvergoeding gebruikelijk en toegestaan. Uit de SPO-beschikking van de Europese Commissie van 1992 en de daarop volgende procedures bij het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie EG is duidelijk geworden, dat een dergelijke horizontale regeling inzake rekenvergoedingen in strijd is met het Europese mededingingsrecht. Sindsdien zijn deze overeenkomsten tussen ondernemers nietig en beboetbaar. Derhalve resteren in beginsel twee manieren om de offerte-kosten te verwerken: hetzij door deze post te beschouwen als algemene bedrijfskosten van het betrokken bedrijf, zoals in veel andere landen gebruikelijk is, hetzij via een verticale verrekening, een vergoeding door de aanbesteder.

Het UAR 2001 bevat een facultatieve verticale rekenvergoedingsregeling. Volgens een dergelijke regeling kan de aanbestedende dienst voorzien in een rekenvergoeding. Dit kan verenigbaar zijn met de Europese mededingingsregels, mits aan een aantal randvoorwaarden wordt voldaan. Zo mag niet worden gediscrimineerd bij het verstrekken van de rekenvergoeding. Ook mag de toepassing ervan niet tot verboden staatssteun leiden. Van groot belang is voorts dat verticale regelingen een facultatief

karakter dienen te hebben. Anders kan strijdigheid ontstaan met het Europese mededingingsrecht, omdat verplichte rekenvergoedingen het gebruik van openbare aanbestedingsprocedures zouden kunnen ontmoedigen. De aanbestedende dienst zou er dan te veel belang bij kunnen hebben het aantal inschrijvers te beperken. Aannemers mogen er daarom niet van uitgaan dat zij recht hebben op een rekenvergoeding als zij een offerte uitbrengen.

Het facultatieve karakter van de verticale rekenvergoeding roept de vraag op onder welke voorwaarden zij van toepassing kan zijn. Formeel is dat ter beoordeling van de aanbestedende diensten. Naar verluidt hebben zij in de praktijk daartoe nauwelijks aanleiding gezien. Zo veel is duidelijk dat het om bijzondere omstandigheden zal moeten gaan. Te denken valt aan (zeer) complexe innovatieve projecten die meestal via geïntegreerde contracten (turnkey- en design & construct-overeenkomsten) worden aanbesteed. De aard van het project, niet zozeer de grootte, zou daarbij bepalend moeten zijn. De rekenkosten van meer van hetzelfde hoeft immers niet tot hogere offertekosten te leiden. Het zal vooral om projecten gaan waarbij niet met standaardoplossingen gewerkt kan worden, maar juist nieuw, afwijkend rekenwerk en extra onderzoek verricht moet worden om tot een onderbouwde offerte te komen. In dergelijke gevallen zou het ontbreken van vergoedingen voor kosten belemmerend kunnen werken op innovatief aanbesteden, waaraan doorgaans geen uitgewerkt bestek van de opdrachtgever ten grondslag ligt maar veeleer een functionele beschrijving van het te verrichten werk. Overigens wordt ook in Europees verband thans gedacht aan de invoering van een facultatieve verticale regeling inzake rekenvergoedingen.

Conclusies inzake rekenvergoedingen:

- Horizontale overeenkomsten tussen ondernemers onderling inzake rekenvergoedingen zijn in strijd met het Europese mededingingsrecht en voor niet-tussenstatelijke overeenkomsten, gelet op de aansluiting met het EGF-recht, in strijd met de Mededingingswet.
- Verticale aanbestedingsregelingen die voorzien in rekenvergoedingen zijn in het juridisch kader in beginsel mogelijk, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan (facultatief karakter, non-discriminatoire toepassing en niet leidend tot verboden staatssteun).
- Indien ervan wordt uitgegaan dat offertekosten doorgaans tot de verwervingskosten van het bedrijf dienen te worden gerekend en verticale rekenvergoedingen restrictief dienen te worden toegepast, lijken alleen innovatieve projecten, waarvoor standaardoplossingen ontoereikend zijn, voor een mogelijke rekenvergoeding in aanmerking te kunnen komen.
- Nu er een Europese regeling voor een facultatieve, restrictief toe te passen, verticale rekenvergoeding in de maak lijkt, kan de uitkomst daarvan dienen als leidraad voor de nationale toepassing.

6.2.5 Uitsluiting van aannemers bij aanbesteding

Het gegeven van (georganiseerde) onoirbare gedragingen en collusie in de bouw maakt het kunnen uitsluiten van gegadigden en inschrijvers op aanbestedingen voor bouwwerken van toenemend belang om de integriteit van het aanbestedingsproces te kunnen waarborgen. In het aanbestedingsrecht zijn de uitsluitingsgronden belangrijke criteria voor de kwalitatieve beoordeling en selectie van aannemers. De aanbestedingsrichtlijnen voor de klassieke overheid kennen een telkens (vrijwel) identieke limitatieve opsomming van uitsluitingsgronden. Of een partij daadwerkelijk wordt uitgesloten wanneer een van de uitsluitingsgronden

op hem van toepassing is, is een discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende dienst.

Misdragingen door een natuurlijk persoon en uitsluiting van de rechtspersoon

Het kan voorkomen dat niet de rechtspersoon maar bijvoorbeeld één van de directeuren, werknemers of bestuurders zich schuldig heeft gemaakt aan onoirbaar gedrag, dat in strijd is met de beroepsmoraliteit of dat anderszins de integriteit in het gedrag brengt. In dat geval moet ernstig worden betwijfeld of uitsluiting van die rechtspersoon bij een aanbesteding zonder meer gerechtvaardigd is. Men zal dan ten minste een rechtstreeks verband tussen dit gedrag en de toepasselijkheid van de uitsluitingsgronden moeten kunnen aantonen.

Voor de gevallen dat een feitelijk leidinggevende of een feitelijk opdrachtgever is veroordeeld voor een aan de rechtspersoon toegerekend strafbaar feit, zou een (wettelijke) voorziening moeten worden getroffen om, bij de beslissing ten aanzien van de uitsluiting van een rechtspersoon, in voorkomend geval rekening te mogen houden met de veroordeling van die natuurlijke persoon. Er moet een relatie zijn tussen de inschrijving en de veroordeling. Een soortgelijke lacune kan worden geconstateerd bij door concernonderdelen gepleegde strafbare feiten (moeder-, dochter- en zusterbedrijven) en uitsluiting van het concern op grond daarvan.

Uitsluitingsgronden Richtlijn Werken

De Richtlijn Werken bevat een limitatieve lijst met uitsluitingsgronden.⁴⁵² Enkele zijn evident, zoals een faillissement van betrokkene. Andere roepen echter discussie op, met name de volgende twee gronden:

- het *onherroepelijk veroordeeld* zijn voor een delict dat de *professionele integriteit van de aannemer in het gedrag brengt* (artikel 24, onderdeel c., van richtlijn 93/37/EEG); en
- het begaan van een *ernstige fout* in de uitoefening van zijn bedrijf (artikel 24, onderdeel d., van richtlijn 93/37/EEG).

De toepassing van de c-grond (maar ook de d-grond) kan alleen geschieden indien het gedragingen betreft, waardoor een aannemer in *redelijkheid niet geacht* mag worden op een *gelijke behandeling* met andere aannemers *recht te kunnen doen gelden*.

Of door zijn gedragingen de eerlijke mededinging is vervalst, dan wel er verwijtbaar gehandeld is in strijd met de financiële belangen van de Gemeenschap of de lidstaten (of een combinatie daarvan), lijkt minder relevant. Het moet gaan om activiteiten die in strijd zijn met de integriteit die men in het maatschappelijk verkeer mag verwachten. Te denken valt aan een verstoring van een relatie tussen opdrachtgever en aannemer(s) dan wel de relaties tussen aannemers onderling. Het hoeft daarbij niet alleen te gaan om uitspraken van de strafrechter, maar ook van de administratieve of civiele rechter. Een en ander moet een aanbestedende dienst echter wel op goede, verifieerbare gronden kunnen aantonen.

De zogenaamde d-grond betreft niet alleen begane technische fouten in de uitvoering of fouten in de uitvoering van een aannemingsovereenkomst, maar behelst bijvoorbeeld ook «omkoping». De uitleg van de d-grond, waarbij een aanbestedende dienst de toepasselijkheid met elke grond aannemelijk mag maken, lijkt te conflicteren met de invulling van de c-grond die immers met veel waarborgen (een onherroepelijk rechterlijke uitspraak) is omgeven. Vraagtekens mogen worden gezet bij de gedachte, dat onoirbare activiteiten of andere met de integriteit strijdige activiteiten waarbij geen sprake is van een (onherroepelijke)

⁴⁵² Deze uitsluitingsgronden zijn overgenomen in het UAR-EG 1991 en in een soberder vorm in het UAR 1986 (thans UAR 2001) en de Richtlijn Nutssectoren. De Richtlijnen Leveringen en Diensten kennen vrijwel identieke uitsluitingsgronden.

veroordeling, zonder meer kunnen worden ondergebracht in de d-grond. Dit lijkt niet te sporen met de gedachte van de Europese wetgever. Met de d-grond dient daarom terughoudend te worden omgegaan.

De analyse leidt tot de constatering dat uitsluiting van een potentiële opdrachtnemer van een aanbesteding een zwaar middel is. De regelgeving maakt op sommige punten onvoldoende duidelijk onder welke omstandigheden uitsluiting is gerechtvaardigd. Dit zou voor de wetgever aanleiding kunnen zijn voor een nadere wettelijke invulling van de uitsluitingsgronden, binnen de zeer restrictieve en limitatieve kaders van het Gemeenschapsrecht.

Transactie met OM als uitsluitingsgrond?

Een aannemer mag niet voor het verdere verloop van een aanbestedingsprocedure worden uitgesloten, zolang een veroordelend vonnis nog niet in kracht van gewijsde is gegaan. Niemand is immers schuldig zolang hij niet bij rechterlijk vonnis is veroordeeld. Vrij algemeen wordt aangenomen dat er voor toepassing van de d-grond sprake moet zijn van *harde bewijzen* voor (zeer) *ernstige fouten*.

Het gelijkstellen van een OM-transactie met een onherroepelijke veroordeling en aldus een transactie als voldoende grond voor uitsluiting te beschouwen, lijkt dan ook niet zonder meer terecht. Transacties mogen door het OM formeel alleen worden aangeboden als een zaak in beginsel gereed is voor het aanbrengen ter zitting. Dat betekent echter nog niet dat de betrokkene dus ook «schuldig» is. In het geval een zaak ter zitting komt kan een rechter immers ook tot een andere conclusie komen. In de praktijk worden uit efficiency-overwegingen bovendien transacties aangeboden voor feiten die nog niet helemaal «panklaar» zijn. Het kan ook op verzoek van betrokkene gebeuren, bijvoorbeeld om rust te creëren en verdere imago-schade te voorkomen. Het aanvaarden van een transactie behoeft dus nog geen *erkenning van schuld* te zijn. De opvatting dat een transactie een terechte uitsluitingsgrond is, lijkt dan ook in haar algemeenheid een wankel basis te hebben.

Boetebeschikking als alternatief

Een interessante ontwikkeling wordt geduid in het onderzoeksproject Strafvordering 2001 waarin buitengerechtelijke afdoening verder wordt uitgewerkt. Voorgesteld wordt de transactie af te schaffen en te vervangen door een procedure waarin de Officier van Justitie een boetebeschikking neemt, waartegen de betrokkene vervolgens beroep kan aantekenen bij de strafrechter. Uit het aanvaarden van de boetebeschikking – door te berusten of de opgelegde boete te betalen – zou men mogen afleiden dat de betrokkene daarmee tevens zijn schuld aan het gepleegde feit erkent. Het systeem van boetebeschikking wordt al toegepast voor het afdoen van verkeersboeten op grond van de Wet administratieve handhaving verkeersvoorschriften (Wet Mulder). Een dergelijke afdoening van strafbare feiten zal, wat het aanbestedingsrecht betreft, een voldoende harde grondslag opleveren voor de uitsluiting van een gegadigde of inschrijver in een bepaalde aanbestedingsprocedure. De uitsluitingsgrond past binnen het gesloten systeem van uitsluitingsgronden dat in de richtlijnen is vastgelegd. In deze zienswijze wordt het verdedigbaar geacht dat een onherroepelijk geworden boetebeschikking gelijkwaardig is aan een in kracht van gewijsde gegane veroordeling door de strafrechter. Nader onderzoek naar deze mogelijkheid zou meer duidelijkheid kunnen verschaffen.

Uitsluiting dient overigens proportioneel te worden toegepast. De beoordeling berust tot op heden bij de individuele aanbestedende

diensten. Overwogen zou kunnen worden of een betere coördinatie van uitleg en uitvoering van de regelgeving ook in dit kader niet gewenst is. In dit verband zij verwezen naar Duitsland waar een centraal vastgestelde, meer uitgewerkte opsomming van uitsluitingsgronden bestaat die aanbestedende diensten in acht moeten nemen.

Conclusies inzake uitsluiting:

- Aanbestedingsrichtlijnen kennen een limitatieve opsomming van uitsluitingsgronden; indien op een aannemer één of meer van deze gronden van toepassing zijn, kan de aanbestedingsdienst beslissen of hij een aannemer wil uitsluiten voor een werk.
- Indien een natuurlijk persoon, betrokken bij een rechtspersoon, over de schreef gaat, hoeft dat nog geen voldoende grond voor uitsluiting van die rechtspersoon te zijn. Dit geldt ook voor uitsluiting van een heel concern wegens wangedrag van één van haar onderdelen.
- De in de aanbestedingsrichtlijnen opgenomen uitsluitingsgronden stellen forse eisen aan de bewijslast van de aanbestedder.
- Een schikking met het OM houdt niet zonder meer een schuldigerkenning in en kan daarom bezwaarlijk zonder meer als grond voor uitsluiting worden gebruikt. Het berusten in een opgelegde «boetebeschikking» kan meer grond voor uitsluiting bieden.
- De huidige regelgeving is op enkele punten onvoldoende duidelijk over de vraag welke omstandigheden een voldoende reden zijn voor uitsluiting van potentiële opdrachtnemers.
- De huidige toedeling van (decentrale) bevoegdheden tot uitsluiting bergt een element van willekeur in zich.

6.3 Integriteitsbeleid overheid

6.3.1 Wet BIBOB

De in 2002 aangenomen Wet BIBOB (Bevordering IntegriteitsBeoordelingen door het Openbaar Bestuur) heeft als primair doel een instrumentarium te ontwikkelen ter bevordering van integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur, onder meer bij het gunnen van overheidsopdrachten. Een integere overheid dient zoveel mogelijk te voorkomen, dat zij onbedoeld door vergunningverlening en aanbesteding bij het plegen van strafbare feiten behulpzaam is.

Met behulp van het BIBOB-instrumentarium zouden aanbestedende diensten bedrijven die zich schuldig hebben gemaakt aan criminele activiteiten kunnen uitsluiten van aanbestedingen. Het wetsvoorstel strekt er toe te voorkomen, dat ondernemers door middel van een overheidsopdracht financieel voordeel behalen met geld dat afkomstig is van criminele activiteiten, dan wel voornemens zijn overheidsopdrachten uit te voeren ten behoeve van het plegen van strafbare feiten. Omdat het veelal moeilijk te bewijzen zal zijn dat een ondernemer dergelijke plannen heeft, is in de wet bepaald dat het gaat om de mate van risico dat de betrokkene dergelijke plannen heeft.

Aanbestedende diensten kunnen gebruik maken van het aangeboden instrumentarium om uitsluiting op grond van de in de Europese aanbestedingsrichtlijnen neergelegde uitsluitingscriteria te onderbouwen. Het toepassingsbereik van de Wet BIBOB beperkt zich niet tot overheidsopdrachten (voor werken, leveringen en diensten) boven de Europese drempel, maar ziet met nadruk ook op nationaalrechtelijke aanbestedingen beneden dit drempelbedrag.

6.3.2 Knelpunten

Begrippenkader

De Wet BIBOB lijkt aansluiting te zoeken bij de terminologie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Maar de wet rekt enerzijds de Europese terminologie op, terwijl anderzijds een aantal categorieën van de mogelijkheid wordt uitgesloten een BIBOB-advies te vragen. Zo hanteert de wet voor het begrip aanbestedende dienst een ruime definitie waardoor ook de in artikel 134 Grondwet genoemde lichamen (publiekrechtelijke beroeps- en bedrijfslichamen met verordenende bevoegdheden) onder de Wet BIBOB komen te vallen. Veel van deze lichamen zijn echter geen «aangebestedende dienst» in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen, zodat deze niet aanbestedingsplichtig zijn. Daarmee zijn zij ook niet gebonden aan procedurele beperkingen, waaraan de andere aanbestedingsdiensten wel zijn gebonden. Anderzijds zal een aantal aanbestedende diensten, die wél vallen onder de werking van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (en veelal erg dicht tegen de overheid aanleunen, dan wel financieel zwaar afhankelijk van de overheid zijn), zijn uitgesloten van de mogelijkheid om van het BIBOB-instrumentarium gebruik te maken. Men denke hier in het bijzonder aan de «publiekrechtelijke instellingen» in de zin van de richtlijnen,⁴⁵³ die veelal privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid hebben, en de aanbestedende diensten uit de nutssector. Deze categorieën van organisaties – waar zeer grote bedragen om kunnen gaan – zijn daarmee buiten het bereik van de Wet BIBOB komen te vallen. De overwegingen van de wetgever om geprivatiseerde, semi-overheden en nutssectoren van het verkrijgen informatie uit justitiële registers uit te sluiten, is overigens wel begrijpelijk in het licht van de gevoeligheid daarvan.

Wet BIBOB en het Gemeenschapsrecht

Het BIBOB-instrumentarium sluit aan op de uitsluitingsgronden in de Europese aanbestedingsrichtlijnen. In geval van een door het Bureau BIBOB negatief afgegeven advies, zal de aanbestedende dienst zelf moeten besluiten of dit advies een voldoende onderbouwing vormt voor een uitsluiting van die aannemer op basis van de in de richtlijnen genoemde uitsluitings- of geschiktheidscriteria. Met name voor de uitsluitingsgronden genoemd onder c. en d. van artikel 24 van richtlijn 93/37/EEG lijkt dit niet eenvoudig. Bij een bestaand onherroepelijk rechterlijk vonnis zal deze beslissing afhankelijk moeten zijn van het oordeel in hoeverre de professionele integriteit in het gedrang is. Bij de d-grond («ernstige beroepsfout») mag men niet te lichtvaardig op boterzachte gronden, vermoedens of aannames iemand uitsluiten. De uitsluitingsgronden dienen *restrictief* te worden uitgelegd en brengen met zich dat het niet zo kan zijn dat elk delict dat een ondernemer heeft gepleegd, gekwalificeerd kan worden als een «ernstige fout gemaakt in de uitoefening van zijn beroep». Ook het feit dat tegen iemand meermalen een gerechtelijk vooronderzoek is geopend zonder dat zulks tot een veroordelend vonnis heeft geresulteerd, kan niet zonder meer als risicofactor worden aangemerkt die tot uitsluiting aanleiding geeft.

Toepassing van de criteria moet zodanig geschieden dat stigmatiserende effecten waar mogelijk worden vermeden. Voorts moet worden voorkomen dat besluitvorming op grond van BIBOB-adviezen in strijd komt met het non-discriminatiebeginsel of overige daaruit afgeleide beginselen uit het EG-Verdrag. Als een aanbestedende dienst volstaat met de aanname dat er ernstige risico's aanwezig zijn dat iemand in de toekomst strafbare

⁴⁵³ Zie onder meer artikel 1, onder b., van richtlijn 93/37/EEG.

feiten zal kunnen gaan plegen, kan deze aanname aanleiding zijn voor een verscherpte controle op de naleving van een te sluiten overeenkomst, maar niet tot uitsluiting. Dat laatste past niet binnen het gesloten stelsel van de uitsluitingsgronden en lijkt strijdig met de Europese regelgeving op dit punt.

Het bovenstaande ontnemt het BIBOB-instrumentarium – in ieder geval voor wat overheidsopdrachten aangaat – een groot deel van zijn kracht.

Naast een toepasselijkheid van de uitsluitingsgronden denkt het kabinet ook aan toepassing van de geschiktheidseisen; met name ten aanzien van de financiële en economische draagkracht. Stel dat uit de gegevens van het Bureau BIBOB zou blijken, dat een betrokken aannemer wordt gefinancierd door, dan wel financieel afhankelijk is van de georganiseerde misdaad. Dan zou een dergelijke wijze van financiering of afhankelijkheid kunnen worden aangemerkt als een vorm van financiële instabiliteit. Op basis van de Nederlandse wetgeving (de zogenaamde Plukze-wet) bestaat immers de mogelijkheid dat dit financiële voordeel kan worden ontnomen.

De Europese Commissie reageert desgevraagd terughoudend op deze oplossing. Zij stelt dat het feit dat een ondernemer gedeeltelijk wordt gefinancierd door of ten dele afhankelijk is van georganiseerde misdaad, niet zonder meer ook betekent dat de financiële capaciteit van deze ondernemer zodanig instabiel is dat er onvoldoende garanties zijn voor de uitvoering van een opdracht. Met name de relatie tussen de duur van de opdracht en de verwachte duur van een ontnemend vonnis is bij de beoordeling van deze geschiktheidsgrond van belang. In veel gevallen zal, gegeven de korte duur van overeenkomsten, de werking van dit instrument beperkt zijn.

Een uitsluitingsbeslissing zal aan de materiële bestuursrechtelijke normen van rechtszekerheid, zorgvuldigheid en gelijke behandeling moeten voldoen. Vandaar dat een zorgvuldige afweging van alle betrokken belangen van het grootste belang is.

6.3.3 Dilemma's voor aanbestedende diensten

De wetgever stelt in dit verband dat er door de betrokken ondernemer steeds een beroep op de civiele rechter (of in de bouwnijverheid veelal de Raad van Arbitrage) mogelijk is, indien hij meent dat de uitsluitings- of geschiktheidscriteria op een juridisch onaanvaardbare wijze worden toegepast. Dit is weliswaar juist, maar dan is er aan de zijde van de opdrachtnemer inmiddels al veel schade geleden. De rechtsprekende organen zullen derhalve tevens bevoegd moeten zijn zich uit te spreken over de rechtmatigheid van de uitsluitingsbeslissing en de juiste toepassing van de daaraan ten grondslagliggende informatie en wellicht ook over de juistheid daarvan. De aanbestedende dienst komt dan voor de moeilijke keuze te staan: óf de informatie te verschaffen – en daarmee mogelijk te handelen in strijd met de Wet bescherming persoonsgegevens en wellicht ook met artikel 8 Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens (EVRM) – óf de informatie niet te verstrekken. Kiest zij voor het laatste, dan loopt zij het risico dat de rechter de uitsluiting niet genoegzaam onderbouwd acht en de uitsluiting als onterecht gedaan oordeelt.

Aanbestedende diensten zijn op grond van de wet niet verplicht een advies aan te vragen. In de praktijk zullen de accountants van de betrokken overheden hierop waarschijnlijk wel aandringen en dit laten meewegen in hun reguliere accountantscontrole. Voorts zullen aanbestedende

diensten worden geconfronteerd met negatieve adviezen van het Bureau BIBOB, die echter op bestuurlijke gronden niet tot uitsluiting mogen leiden. Toch zouden controlerende lichamen dan van mening kunnen zijn, dat een aanbestedende dienst in een dergelijk geval toch het advies van het Bureau BIBOB had moeten volgen. In de Italiaanse anti-maffia-wetgeving bijvoorbeeld is dit ook verplicht gesteld.

Voorts is denkbaar dat een aanbestedende dienst een negatief BIBOB-advies volgt en later blijkt dat dit ten onrechte was. De aanbestedende dienst is dan civielrechtelijk aansprakelijk voor door de betrokkene daardoor geleden schade. Het is hierbij niet van belang of de aansprakelijkheid voortvloeit uit een onjuiste afweging door het bestuursorgaan dan wel uit het onjuiste advies van het Bureau BIBOB. In voorkomend geval kan het bestuursorgaan mogelijk regres uitoefenen op het Bureau BIBOB. Het kabinet heeft er veel energie in gestoken om eventuele aansprakelijkheid voor onjuiste adviezen bij het Bureau BIBOB in te perken en de verantwoordelijkheid voor uitsluiting bij de aanbestedende diensten te leggen.

Het bovenstaande zal de overheid regelmatig in een bestuurlijke spagaat brengen. Een niet te benijden situatie.

Uitsluiting heeft ook elementen in zich van een punitieve sanctie. Hoewel het kabinet aangeeft louter een bestuursrechtelijk instrument – ter voorbereiding van een privaatrechtelijke verbintenis – voor het openbaar bestuur te willen creëren, valt niet te ontkennen dat in de praktische uitwerking van de wet op straf gerichte trekken aan te wijzen zijn. Hier lijken de beginselen van artikel 6 EVRM relevant. Sommige auteurs vragen zich zelfs af of het uitsluiten op basis van dit wetsvoorstel daarom wel toelaatbaar is. Iemand is immers onschuldig totdat zijn schuld voor de rechter onherroepelijk is komen vast te staan.

Ervaringen in Amsterdam

Dat aanbestedende diensten zich niettemin in de praktijk effectief kunnen wapenen blijkt uit de ervaringen van het in 1999 opgerichte bureau Screening- en Bewakingsaanpak (SBA) van de gemeente Amsterdam. De aanpak van New York diende Amsterdam als voorbeeld om te voorkomen dat de gemeente slachtoffer wordt van maffia-achtige praktijken. In de periode van een jaar onderzocht het bureau SBA 150 bedrijven die in aanmerking wilden komen voor een opdracht van de gemeente. Met twintig procent daarvan wilde de gemeente na onderzoek geen zaken meer doen. De SBA constateert overigens dat bouwbedrijven niet vaker in de fout gaan dan bijvoorbeeld de automatiseringsbedrijven of adviesbureaus. Indien de SBA op onduidelijkheden stuit krijgt het betrokken bedrijf de gelegenheid daarop te reageren en het tegenbewijs te leveren. De bedrijven krijgen de kans zich terug te trekken uit de procedure. Geen van de uitgesloten bedrijven heeft overigens de beslissing van de SBA aangevochten.

Conclusies inzake Wet BIBOB:

- De wet sluit niet aan bij het begrippenkader en de voorwaarden van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, met name wat het begrip «aangebestedende dienst» en de restrictieve toepassing betreft.
- Uitsluiting op grond van de Wet BIBOB in het kader van een aanbestedingsprocedure kan op gespannen voet staan met wat Europeesrechtelijk toegestaan is. Als instrument voor uitsluiting van ondernemers bij aanbestedingen heeft de wet derhalve beperkte waarde.

- Hoewel bedoeld als bestuurlijk instrument, lijkt de Wet BIBOB elementen van een punitieve sanctie in zich te hebben. Alsdan zijn de beginselen van artikel 6 EVRM relevant.
- De Wet BIBOB is geschikt als middel van vooronderzoek voor aanbestedende diensten en ter doorbreking van privacybarrières ten aanzien van dergelijk vooronderzoek.
- In de praktijk blijken effectieve initiatieven te zijn ontplooid om het aantal malafide gegadigden/inschrijvers op aanbestedingen van de overheid tegen te gaan.
- Aanbestedende diensten die behoren tot de nutssectoren en – veelal – de publiekrechtelijke instellingen als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijnen zijn van de mogelijkheid om van het BIBOB-instrumentarium gebruik te maken uitgesloten.

6.4 Toezicht, handhaving, geschilbeslechting

6.4.1 Toezicht en handhaving

Eerder al is het versnipperde karakter van de regelgeving aan de orde geweest. Aanbestedende diensten zijn zelf verantwoordelijk voor de nakoming van de uit de aanbestedingsregelgeving voortvloeiende verplichtingen. Dat is in het licht van de Nederlandse constitutionele verhoudingen niet ongebruikelijk. Het laat echter onverlet dat de rijksoverheid gehouden is aan de communautaire verplichtingen te voldoen. In de praktijk blijken verscheidene ministeries, zoals die van Economische Zaken en van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, zich met het aanbestedingsbeleid bezig te houden. Van dwingende coördinatie vanuit één punt is echter geen sprake. Evenzeer ontbreekt dwingende coördinatie ten aanzien van de naleving van de Europese aanbestedingsrichtlijnen door aanbestedende diensten die niet tot de rijksoverheid behoren. Bovendien blijkt de rijksoverheid niet te beschikken over een juridisch instrumentarium om de nodige informatie in te winnen en naleving te verzekeren. Dat daaraan eventueel toch behoefte zou kunnen zijn, volgt uit het feit dat bestaande, niet specifieke op aanbestedingen gerichte, toezichts- en correctiemechanismen kennelijk onvoldoende werken om naleving van de Europese aanbestedingsrichtlijn te verzekeren.

Uit het recent vastgestelde toezichtsbeleid aangaande Europese subsidies blijkt dat het ook anders kan. Voor het toezicht is één minister eindverantwoordelijk gesteld. De desbetreffende wet geeft hem instrumenten van preventief en repressief toezicht ten aanzien van bestuursorganen die niet tot de Staat behoren. Deze ingrepen in de relatieve autonomie van decentrale overheden worden gerechtvaardigd door te wijzen op de noodzaak dat Nederland zijn Europese verplichtingen nakomt en dat toezicht onregelmatigheden helpt te voorkomen.

Conclusies inzake toezicht en handhaving:

- In Nederland ontbreekt een dwingende coördinatiestructuur voor het aanbestedingsbeleid.
- Er ontbreekt een instrumentarium van preventief en repressief toezicht met betrekking tot naleving van de Europese aanbestedingsregels door aanbestedende diensten.
- Beperkte ingrepen in de relatieve autonomie van decentrale overheden dienen te worden afgewogen tegen het belang en de noodzaak voor de Nederlandse overheid om aan zijn Europese verplichtingen te voldoen.

6.4.2 Geschilbeslechting

De Raad van Arbitrage neemt in Nederland al lange tijd een prominente plaats in bij onder meer het beslechten van aanbestedingsgeschillen op het terrein van werken. Deze vorm vertoont echter spanning met de Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen. Door de opzet van de uniforme aanbestedingsreglementen bestaat er voor inschrijvers namelijk geen mogelijkheid om met betrekking tot het arbitrale beding een voorbehoud te maken. In de praktijk worden inschrijvers derhalve gedwongen het arbitrale beding te accepteren.

Bij diverse niet tot de rijksoverheid behorende aanbestedende diensten valt echter een tendens waar te nemen dat zij de arbitrageclausules uitsluiten om geschilbeslechting door de Raad van Arbitrage te vermijden. Voorts is de Raad van Arbitrage geen rechterlijke instantie in Europees-rechtelijke zin. Daarom bestaan slechts in zeer beperkte mate mogelijkheden om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EG voor te leggen ten aanzien van de aanbestedingsrichtlijnen.

Wat de onafhankelijkheid van de Raad van Arbitrage betreft wordt vastgesteld, dat een schijn van partijdigheid als gevolg van de benoeming van de leden door de BNA, KIVI en AVBB, niet geheel kan worden weggenomen. Daarbij zij uitdrukkelijk vermeld dat aanbestedingszaken slechts een zeer klein gedeelte uitmaken van de geschillen die aan de Raad van Arbitrage worden voorgelegd (één procent). Het merendeel betreft de uitvoering van bouwprojecten.

Conclusies inzake geschilbeslechting:

- Geschilbeslechting door de Raad van Arbitrage in aanbestedingszaken heeft in feite een verplicht karakter.
- De geschilbeslechting door de Raad van Arbitrage staat op gespannen voet met de Rechtsbeschermingsrichtlijn.
- Vanwege de juridische status van de Raad van Arbitrage bestaan nauwelijks mogelijkheden om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie EG als daartoe aanleiding bestaat.
- Door hun samenstelling hebben de scheidsgerechten van de Raad van Arbitrage de schijn van partijdigheid.

6.5 Mededingingsaspecten

6.5.1 Aanbestedingskartels

Aanbestedingskartels waarbij tussen aannemers afspraken worden gemaakt over onder meer prijzen, verdeling van opdrachten en de (horizontale) verrekening van calculatiekosten (alsmede over een opslag op de prijs in verband met die kosten), zijn in strijd met het Europese en het Nederlandse mededingingsrecht. Het merendeel van dergelijke afspraken zal, vanwege de communautaire dimensie ervan, vallen onder het Europese mededingingsrecht. Sinds de SPO-beschikking van 1992 en de daarop volgende uitspraken van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie staat vast, dat deze afspraken in strijd zijn met Europese mededingingsregels.

Sinds de inwerkingtreding van de Mededingingswet in 1998 geldt dat, vanwege de aansluiting van de Mededingingswet op het Europese mededingingsrecht, ook voor vergelijkbare afspraken binnen het nationale domein. Voorzover dergelijke praktijken nadien nog hebben plaatsgevonden of plaatsvinden, zijn zij derhalve nietig en beboetbaar. Dat geldt uiteraard ook voor de bouwnijverheid.

Conclusie inzake kartelvorming:

- Aanbestedingskartels (vooroverleg, prijsafspraken, horizontale regelingen, rekenvergoedingen) zijn in strijd met het Europese en Nederlandse mededingingsrecht.

6.5.2 Combinatievorming

In de bouwnijverheidssector vindt regelmatig combinatievorming tussen bedrijven plaats ten behoeve van de inschrijving voor bepaalde projecten. Vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt kunnen dergelijke, doorgaans tijdelijke, samenwerkingsvormen aanvaardbaar zijn, mits aan een aantal voorwaarden wordt voldaan. Zo is bijvoorbeeld van belang dat de betrokken ondernemingen (op dat moment, dan wel structureel) niet zelfstandig in staat zijn om de desbetreffende opdracht uit te voeren. Volgens het Europese mededingingsrecht kan echter niet worden uitgesloten, dat indien bij een combinatie ondernemingen met een aanzienlijke marktmacht betrokken zijn, dergelijke combinaties onder het kartelverbod zullen vallen. Het Nederlandse mededingingsrecht, in het bijzonder het Besluit vrijstelling combinatievorming, kent vergelijkbare regels.

In de Nederlandse praktijk vindt combinatievorming veelvuldig plaats. Daarbij is regelmatig sprake van combinaties waarbij grote bouwondernemingen betrokken zijn. Niet uitgesloten is, dat in de Nederlandse praktijk daarbij combinaties voorkomen met mededingingsbeperkende gevolgen, bijvoorbeeld met het oog op marktverdeling, marktbeheersing en risicospreiding van de betrokken ondernemingen. Combinatievorming van grote bedrijven zou in elk geval voor een aanbestedende dienst aanleiding moeten zijn om alert te zijn, met name wanneer daarnaast ook individuele bedrijven inschrijven. Combinaties met mededingingsbeperkende gevolgen zijn in strijd met Europese en Nederlandse mededingingsregels.

Conclusies inzake combinatievorming:

- Combinatievorming is in beginsel verboden en slechts onder bijzondere voorwaarden toegestaan; de objectieve noodzaak van de combinatie voor de uitvoering van het werk moet worden aangetoond.
- Onduidelijk is of bedrijven die tot combinatievorming overgaan, in alle gevallen voldoende hard maken dat zulks in het licht van de specifieke aanbestedingsopdracht noodzakelijk is, resp. of voor aanbestedende diensten dit een serieus beoordelingscriterium is.

6.5.3 Concentratietendens

In tal van sectoren van het bedrijfsleven hebben zich in de loop der tijd concentratietendensen voorgedaan. Verscheidene economische factoren kunnen een dergelijke ontwikkeling binnen en tussen sectoren bevorderen.

In de Nederlandse bouwnijverheid is de laatste jaren een dergelijke tendens zichtbaar in de vorm van fusies en overnames, ook op internationaal niveau. Dit proces geschiedt op het horizontale niveau van de bouwondernemingen zelf. Het gebeurt ook verticaal, binnen de bedrijfskolom, door de overname van onder andere grondstoffenbedrijven (zand, grind, beton en asfalt), gespecialiseerde onderaannemers en projectontwikkelingsbureaus.

In het bijzonder de verticale dimensie van het concentratieproces verdient

uit mededingingsrechtelijk oogpunt kritische aandacht. Bouwondernemingen zijn in sterke mate afhankelijk van de tijdige beschikbaarheid van materialen en gespecialiseerde onderaannemers. Door de desbetreffende ondernemingen in het concern in te lijven, kunnen risico's terzake worden geïnternaliseerd en gemitigeerd. Vanuit het mededingingsrecht gezien is van belang dat concentratie het gevaar met zich brengt dat de aldus ontstane concerns een – soms zelfs onaanvaardbare – machtspositie op een relevante markt verkrijgen. De aanbestedende diensten kunnen daarop overigens ook zelf enige invloed uitoefenen; bijvoorbeeld door de definitie van het aan te besteden werk. Deze kan zo gekozen zijn dat eigenlijk alleen één of enkele concerns daarop kunnen inschrijven, dan wel dat ook kleinere bedrijven een kans maken op de opdracht of deelopdrachten.

Conclusie inzake concentratievorming:

- De concentratievorming, zowel horizontaal als verticaal, krijgt uit mededingingsrechtelijk oogpunt onvoldoende (actieve) aandacht.

6.5.4 Toezicht- en onderzoeksbevoegdheden NMa

De toezichts- en onderzoeksbevoegdheden van de Nederlandse Mededingingsautoriteit NMa in het kader van de Mededingingswet wijken in hoofdlijnen niet af van die van de Europese Commissie in het kader van het Europese mededingingsrecht. Een drietal bevoegdheden, waarover discussie blijkt te bestaan, is nader onderzocht.

Doorzoekingsrecht

In het Europese mededingingsrecht bestaat een doorzoekingsrecht. De Mededingingswet voorziet hierin niet. De NMa beschikt wél over die bevoegdheid in het kader van onderzoek ten behoeve van de Europese Commissie op grond van de Wet uitvoering EG-mededingingsverordeningen. De NMa heeft hiervan tot op heden echter nog nooit gebruik gemaakt. De noodzaak van uitbreiding van de bevoegdheid van de NMa ter zake dient eerst onomstotelijk te worden aangetoond. Het gaat namelijk om een vergaande bevoegdheid. Daarbij kan bovendien de meer principiële vraag worden opgeworpen of een dergelijke bevoegdheid passend geacht mag worden in een bestuursrechtelijke context.

Binnentreden van woningen tegen de wil van de bewoner

Zowel het Europese, als het Nederlandse mededingingsrecht kennen niet de bevoegdheid om woningen binnen te treden tegen de wil van de bewoner. In het Europese mededingingsrecht wordt een dergelijke bevoegdheid thans voorgesteld. Hoewel het op zichzelf voorstelbaar is, dat aan een bevoegdheid tot binnentreden van woningen tegen de wil van de bewoner behoefte zou kunnen bestaan, dient wel duidelijk te zijn waarom de mogelijkheid tot het gebruik van deze ingrijpende bevoegdheid noodzakelijk is voor het onderzoek.

Het verzekeren van de naleving

Om de medewerking van ondernemingen af te dwingen beschikt de NMa over mogelijkheden om zich toegang te verschaffen, desnoods met behulp van de sterke arm. Verder kan bij het niet voldoen aan de medewerkingsverplichting een boete van ten hoogste € 4 500,= worden opgelegd. Daarnaast kan een last onder dwangsom worden opgelegd om medewerking af te dwingen. Aan de dwangsom is geen maximum verbonden. Van de automatisch schorsende werking van bezwaar en

beroep kan door de directeur-generaal NMa worden afgeweken bij het opleggen van de last onder dwangsom, bijvoorbeeld om medewerking van betrokkene af te dwingen. Het instrumentarium van de NMa lijkt op dit punt niet tekort te schieten.

Het voorgaande geeft aanleiding tot een terughoudende reactie op de roep om meer en ruimere bevoegdheden van de NMa. De effectiviteit van de NMa lijkt minder belemmerd te worden door een gebrek aan bevoegdheden alswel door een gebrek aan capaciteit en – in samenhang daarmee – de moeilijkheid tot prioritering, gelet op het gerechtvaardigde beroep dat van vele zijden op deze instelling wordt gedaan.

Conclusie inzake bevoegdheden NMa:

- Vooral nog lijken op basis van het onderhavige onderzoek de toezichts- en onderzoeksbevoegdheden van de NMa toereikend.
- Indien de onderzoekstaak in toenemende mate belemmerd blijkt te worden door het verbergen van mogelijk belastend materiaal in woningen, kan de vraag aan de orde komen of de bevoegdheden van de NMa op dit punt, na afweging van de in het geding zijnde grondrechten, uitbreiding behoeven.

6.6 Contractvormen op maat

6.6.1 Vier hoofdtypen

Het moderne bouwcontractenrecht kent een viertal duidelijk te onderscheiden contractvormen: het traditionele contract, het bouwteamcontract, het geïntegreerde contract en de alliantie-overeenkomst. Naast deze vier vormen komen andere vormen voor, maar deze zijn niet altijd even duidelijk te onderscheiden. Soms zijn het varianten op één van de genoemde vier; soms betreft het een commerciële benaming die juridisch niet echt een afzonderlijke lading dekt. Het kan ook gaan om een omvangrijk organisatiemodel waarvan één of zelfs meer van de vier genoemde vormen onderdeel zijn. Daarbij valt te denken aan een constructie van publiek-private samenwerking (PPS), waarbij een groot aantal afspraken van verschillende aard kan worden gemaakt. Daarvan kan een overeenkomst van aanneming volgens bijvoorbeeld het model van het geïntegreerde contract deel uitmaken. Ook kan gedacht worden aan organisatiemodellen waarin de opdrachtnemer niet alleen betrokken is bij ontwerp en uitvoering, maar ook bij de financiering alsmede het beheer van het gebouwde. Zo kan een complex geheel van contracten ontstaan met onder meer een aannemingscontract, waarschijnlijk een geïntegreerd contract.

Modelcontracten

De keus voor een bepaald contract dient bepaald te worden door verschillende factoren. Een belangrijke vraag voor de opdrachtgever is of er risico's zijn die hij naar zijn oordeel beter zelf kan beheersen.⁴⁵⁴

Bijvoorbeeld omdat hij daartoe beter in staat is of omdat hij beter de eventuele gevolgen van een gerealiseerd risico kan dragen. Het kan ook zijn omdat in de publieke opinie een verband zal worden gelegd tussen het risico, ongeacht de oorzaak, en de opdrachtgever. Dan is een politiek imago-risico in het geding. De keus zal in het algemeen primair door dit soort niet-juridische overwegingen worden ingegeven.

Er bestaan inmiddels twee sets van algemene voorwaarden voor enerzijds het traditionele contract (UAV 1989) en anderzijds het geïntegreerde contract (UAV-GC 2000). Beide zijn in breed overleg tot stand gekomen en

⁴⁵⁴ Zie bijlage 2 voor overzicht van risico's en hun mogelijke toedeling.

worden in brede kring als evenwichtige en volledige contracten beschouwd. In strikt juridische zin is er geen belemmering om te kiezen voor het ene of het andere model. Beide modellen zijn juridisch verantwoord uitgewerkt.

Voor het bouwteammodel bestaat eveneens een set van algemene voorwaarden: het VGBouw-model. Ook dit model heeft bewezen in een behoefte te voorzien, maar is niet in breed overleg van betrokken partijen tot stand gekomen.

Voor de alliantie, tot slot, kan worden gewezen op het model dat in de procesindustrie is ontwikkeld. Deze standaard is nog niet zo lang in omloop. De huidige alliantiecontracten komen in hoofdlijnen overeen met het model uit de procesindustrie.

Mores

Tegen de achtergrond van een historie van ruim honderdvijftig jaar vergt het gebruik van een niet-traditioneel model een cultuuromslag in de omgang tussen opdrachtgever en opdrachtnemer, van beide partijen. Elk model vooronderstelt namelijk specifieke mores die door betrokkenen in acht genomen dienen te worden, wil het model naar tevredenheid werken. Wordt dat veronachtzaamd, dan kan dat juridisch vergaande consequenties hebben. Als partijen bijvoorbeeld een geïntegreerd contract overeen zijn gekomen, dan passen daar weinig instructies bij. Maar als de opdrachtgever de verleiding niet kan weerstaan instructies te geven, als ware er sprake van een traditioneel contract, en de opdrachtnemer geeft daaraan gevolg, dan is er feitelijk sprake van een traditioneel contract tussen partijen. Ondanks het oorspronkelijke geïntegreerde contract zal de juridische rechtsverhouding tussen beide partijen namelijk mede worden bepaald door de feitelijke afwijking van het in de aanvang overeengekomen model.

Kenmerken

Het *traditionele model* kenmerkt zich door een scheiding van de procesfuncties. Ontwerpen en uitvoeren zijn twee afzonderlijke activiteiten, verricht door afzonderlijke partijen. Er wordt door of zijdens de opdrachtgever toezicht gehouden op de uitvoering. Ontwerpen en uitvoeren vinden in de tijd na elkaar plaats. Van een inbreng van de opdrachtnemer in de ontwerpfase is geen sprake. De opdrachtgever heeft een vergaande invloed op het gehele proces en een daarmee corresponderende aansprakelijkheid. Het model gaat er vanouds van uit dat de opdrachtgever een eigen ontwerpafdeling heeft. Maar in beginsel kan de ontwerpactiviteit en de directievoering ook worden uitbesteed, mits niet aan de uitvoerende partij. De vereiste professionaliteit van de opdrachtgever is dan ook afhankelijk van de mate waarin de opdrachtgever de hem toebedeelde rol daadwerkelijk zelf wenst uit te voeren. De algemene voorwaarden die toegesneden zijn op dit model, zijn vervat in de UAV 1989. Deze voorwaarden zijn in een breed overleg tussen overheidsopdrachtgevers en aannemers tot stand gekomen en worden dan ook als evenwichtig beschouwd. Gelet op de gehanteerde formuleringen en in de praktijk gebleken onduidelijkheden zijn deze voorwaarden overigens wel aan herziening toe.

Het *bouwteammodel* kenmerkt zich contractueel door de betrokkenheid van de uitvoerende partij bij het ontwerp. Deze vroege inbreng van de kennis van de uitvoerder, maakt het mogelijk het ontwerp beter af te stemmen op de uitvoering. In beginsel zijn ontwerp en uitvoering ook hier gescheiden. Aanbestedingsrechtelijk zitten er haken en ogen aan dit model, omdat de mee-ontwerpde bouwer de uitvoering in het vooruit-

zicht pleegt te worden gesteld. Een oplossing voor deze problemen zou ontleend kunnen worden aan de voorstellen die gedaan zijn in het kader van de aanbesteding van een geïntegreerd contract.

Het *geïntegreerde contract* is een contract, waarbij één partij, maar niet de opdrachtgever, zorg draagt voor ontwerp en uitvoering. De taak en aansprakelijkheid van de opdrachtgever zijn daarmee aanzienlijk verminderd, zij het dat er nogal wat varianten betreffende de bemoeienis en de daarmee corresponderende aansprakelijkheid denkbaar zijn. Dit model biedt de opdrachtnemers veel mogelijkheden tot inbreng van creativiteit. De opdrachtgever kan zich weliswaar verschillende vormen en maten van toezicht voorbehouden, maar bij dit model wordt in dit opzicht terughoudendheid door de opdrachtgever passend geacht. Ook hier kan de taak van de opdrachtgever in theorie worden uitbesteed aan derden. Het model dat geschreven is voor deze situatie is de UAV-GC 2000, met welk model thans ervaring wordt opgedaan.

Het *alliantiemodel* kenmerkt zich door een niet-hiërarchische verhouding tussen partijen. Deze gaan een nauwe samenwerking aan in een gezamenlijke vennootschap onder firma of een maatschap. De alliantie kent een eigen fonds, waaruit aan het einde van de rit de verliezen of winsten en besparingen tussen partijen gedeeld kunnen worden volgens een verdeelsleutel. Het model is erop gericht om een optimale samenwerking te creëren die conflicten over risico's helpt voorkomen, dan wel deze beter beheersbaar doet zijn.

6.6.2 Verdeling van risico's

De verdeling van de risico's wordt hoofdzakelijk bepaald door het gekozen contractmodel. Aan de algemene voorwaarden van deze modellen liggen – al dan niet bewust – algemene beginselen van risicoverdeling ten grondslag. Het leidende beginsel is dat een risico daar dient te worden gelegd, waar het risico het beste kan worden beheerst. In de praktijk zijn inmiddels modellen van risico-analyses in omloop, zodat de contractuele risico-verdeling daarop kan voortbouwen.

De risico's waarop wordt gedoeld zijn van verschillende aard. Zo zijn er technische risico's en de risico's van de bodemgesteldheid en van bijvoorbeeld de omgeving in meer algemene zin. Deze risico's hebben uiteraard financiële gevolgen in de zin, dat – als ze bij de uitvoerende partij worden gelegd – deze daar een prijskaartje aan zal hangen. Een bijzonder financieel risico van geheel andere aard is het risico van de eenmaal afgesproken prijs. In dit verband zijn twee uitersten te onderscheiden: enerzijds het contract waarbij de prijs onwrikbaar vastligt, en anderzijds het contract waarbij achteraf op basis van werkelijke kosten wordt afgerekend met daarop een toeslag voor winst en wellicht andere posten. In de praktijk doen zich tal van varianten voor. Een vraag die zich met name ten aanzien van vaste-prijs-varianten laat stellen is de volgende: aan wie komen de inkoop- en efficiencyvoordelen toe die de uitvoerende partij weet te realiseren? Hoewel het antwoord in de praktijk beïnvloed kan worden door de complexiteit en nadere voorwaarden van het contract in kwestie, is het in beginsel simpel: bijna altijd aan de uitvoerende partij, aan wie vrijwel altijd eveneens de inkoop- en efficiëncynadelen toekomen. Dit is het risico dat genomen wordt door beide partijen met de keuze voor een vaste prijs-contract. De opdrachtgever kan de voordelen alleen alsnog toebedeeld krijgen, als de ene partij nog voor het aangaan van de overeenkomst met zekerheid wist van een

voordeel of een nadeel en dit de andere partij niet meedeelde. Door problemen van bewijsrechtelijke en materieelrechtelijke aard moet de kans van slagen van een te ondernemen juridische actie van de opdrachtgever echter gering worden geacht. Ook gezien de aard van de overeenkomst heeft een dergelijke actie waarschijnlijk vrijwel geen kans van slagen.

Conclusies inzake contractvorming:

- De bestaande modellen van contracten laten variaties toe in de spreiding van risico's en van verantwoordelijkheden tussen opdrachtgever en opdrachtnemer.
- De keuze van het type contract door de opdrachtgever wordt bepaald door verscheidene factoren zoals de mate van zekerheid die gewenst en mogelijk is; de eigen capaciteit en deskundigheid; de mate waarin het om een standaardwerk gaat; de complexiteit van ontwerp en uitvoering.
- Het overeengekomen type contract is bepalend voor de relatie, met inbegrip van de risicoverdeling, die opdrachtgever en opdrachtnemer aangaan.
- Wordt feitelijk afgeweken van het overeengekomen contractmodel, dan wordt, juridisch gezien, de relatie tussen de partijen geheel of gedeeltelijk mede beheerst door deze feitelijke afwijking.

7. NABESCHOUWING

Naar een open markt door adequate aanbesteding, gezonde mededinging en evenwichtige contracten

7.1 Inleiding

Signalen van ernstige onregelmatigheden in de aanbesteding en uitvoering van publieke werken, ten koste van omvangrijke sommen publieke gelden, vormden de aanleiding voor het instellen van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid. De commissie wilde niet alleen de aard en omvang van deze onregelmatigheden nader onderzoeken. Zij had met het oog op mogelijke oplossingen ook behoefte aan meer inzicht in hun achtergronden, zoals in de bestaande juridische kaders en het functioneren van de regelgeving in de praktijk.

Van het onderzoek naar de juridische aspecten is in dit rapport verslag gedaan. De conclusies zijn in het voorgaande hoofdstuk getrokken.

Resteert de vraag welke maatregelen kunnen bijdragen aan de oplossing van de gesignaleerde onregelmatigheden in de bouwnijverheid. Daaraan is deze nabeschuiving gewijd. In het verlengde van de conclusies worden eerst mogelijke oplossingsrichtingen geformuleerd binnen het juridisch kader van aanbesteding, mededinging en contractvorming.

Ter oplossing van de bedoelde vraagstukken kunnen echter ook andere benaderingen relevant en wellicht zelfs belangrijker zijn. Te noemen is de sectorstructuur (concurrentie en marktordening) in samenhang met de verschillende rollen van de overheid, zoals wetgever, bestuurder en belangrijke marktpartij als grote opdrachtgever.

De afweging van verschillende soorten oplossing en de keuze voor het palet van maatregelen is voorbehouden aan de enquêtecommissie en uiteindelijk aan de parlementaire besluitvorming. Uitgangspunt in deze bijdrage is om vanuit een juridische invalshoek te komen tot een opener markt door adequate aanbesteding, door gezonde mededinging en door op maat gesneden contracten die aan belangen van de contractpartijen recht doen.

7.2 Oplossingsrichtingen binnen het juridische kader

7.2.1 Europeesrechtelijk kader: kans of bedreiging?

Drie dimensies en hun corresponderende rechtsgebieden hebben centraal gestaan:

- de verticale dimensie: de relatie tussen (overheids)opdrachtgevers en aannemers in het licht van het aanbestedingsrecht;
- de horizontale dimensie: de relatie tussen aannemers onderling in het licht van het mededingingsrecht;
- de transactiedimensie: contractvorming tussen opdrachtgever en aannemer in het licht van het bouwrecht.

Op al deze rechtsgebieden hebben zich de laatste tien jaar ingrijpende veranderingen voorgedaan. In de contractvorming zijn naast het klassieke model van opdrachtgever-aannemer ook modellen ontwikkeld waarin samenwerking tussen beiden in de ontwerp- en/of uitvoeringsfase van een werk meer centraal staat en de juridische complexiteit toeneemt. Uit de behandeling van met name de aanbesteding en mededinging is het belang van het Europese recht voor de nationale wet- en regelgeving van de lidstaten, dus ook van Nederland, naar voren gekomen. Tegen de

achtergrond van het streven van de Europese Gemeenschap naar een werkelijke eenwording van de interne markt zal het belang van de Europese regelgeving niet verbazen. Een van de doelstellingen van de Gemeenschap is immers het vergroten van de concurrentie, onder meer door openbare aankondiging van overheidsaanbestedingen. Voorts wil zij via richtlijnen de harmonisatie van wet- en regelgeving van de lidstaten bevorderen en door de professionalisering van inkoopprocessen competitieve voordelen stimuleren. Aanbesteding en mededinging zijn daarom direct verbonden aan de creatie van een gemeenschappelijke Europese markt.

Belang Europeesrechtelijk kader

Het belang van één Europese markt voor de open Nederlandse economie behoeft geen betoog. Onomstreden is ook het belang van het Europeesrechtelijk kader voor de nationale regelgeving. Lidstaten zijn op basis van het beginsel van gemeenschapstrouw gehouden aan het voldoen aan hun EG-verplichtingen en zich te onthouden van maatregelen die daarmee in strijd zijn. Dat geldt ook op het terrein van aanbestedingen en mededinging. Zo nodig dient nationale regelgeving te wijken. Gedragingen die volgens nationaal recht wel door de beugel kunnen, maar Europeesrechtelijk niet, kunnen dan ook worden bestraft door Brussel. Dat bleek onder meer uit de forse boete die begin jaren negentig betaald moest worden voor de destijds in Nederland gangbare wijze waarop aannemers in de bouwnijverheid onderling overleg plachten te voeren alvorens een offerte uit te brengen. Dit vooroverleg was volgens de toen geldende Nederlandse regelgeving toegestaan. De overheid, met name de bouwministeries, en de bouwsector trokken ook gezamenlijk op «tegen Brussel» om een uitzonderingspositie voor de Nederlandse bouwsector te bepleiten. Deze pogingen bleken vruchteloos. De Europese Commissie en later het Hof van Justitie EG oordeelden dat de Nederlandse regeling in strijd was met het Europees recht dat kartelvorming verbiedt.

Deze ervaring illustreert tevens het belang van het Hof van Justitie EG voor de handhaving van de Europese rechtsorde, en daarmee voor de inhoud van de nationale wet- en regelgeving. De interpretatie van de Europese wet- en regelgeving is bij uitsluiting aan het Hof voorbehouden. Daarom kunnen, en moeten soms, nationale rechters kwesties over de uitleg van het Gemeenschapsrecht eerst via prejudiciële vragen voorleggen aan het Hof van Justitie EG.

Dat kan tot complicaties leiden bij de implementatie van richtlijnen in nationale regelgeving. De lidstaten zijn immers verplicht tot invoering, maar zij hebben – wat de interpretatie van begrippen in die richtlijnen betreft – doorgaans geen eigen discretionaire bevoegdheid. Zo bleek in enkele andere lidstaten de omzetting van de aanbestedingsrichtlijnen in nationale wetgeving geen sinecure. Hun wetgeving moest op gezag van het Hof herhaaldelijk worden aangepast.

Implementatie

Nederland heeft voor een andere, op het eerste gezicht veiliger, weg voor implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen gekozen; namelijk via verwijzingsregelgeving, door middel van een raamwet en algemene maatregelen van bestuur. Zoals eerder uiteengezet, werkt de uitvoeringspraktijk met aanbestedingsreglementen zonder wettelijke verankering. Deze implementatiemethode heeft het voordeel dat zij snel te realiseren is en heeft bovendien de charme van de eenvoud: zij maakt dat de nationale regelgeving gelijk is aan het Gemeenschapsrecht. Van onderlinge strijdigheid kan daardoor formeel geen sprake zijn. In termen van formele

wetgevingssystematiek valt hier dus niets op aan te merken. Maar uit het oogpunt van rechtssystematiek kunnen vragen rijzen. Er kunnen verschillen tussen Europees- en nationaalrechtelijke definities van begrippen aan de orde zijn die in de uitwerking problemen geven. Bovendien wordt in de Nederlandse praktijk gewerkt met aanbestedingsreglementen die via overleg tussen enkele ministeries en organisaties van bouwondernemers tot stand zijn gekomen. Deze reglementen worden door andere aanbestedende diensten soms wel toegepast, maar soms ook niet. Het Nederlandse stelsel van overheidsaanbesteding blinkt dan ook niet uit in transparantie, coherentie, coördinatie. Op dit punt en de gevolgen daarvan zal hierna nader worden ingegaan.

Wat de mededinging betreft is inmiddels gekozen voor wetgeving die nauw aansluit bij het Europees recht. De oude regelingen in de bouwnijverheid bleken op gespannen voet daarmee te staan.

Het voorbeeld van aanbesteding en mededinging in de bouwnijverheid laat in elk geval zien dat het contraproductief is met de rug naar het Europeesrechtelijk kader en de ontwikkeling daarvan te blijven staan. Europees recht is niet alleen een gegeven, maar wordt ook gemaakt. Op de ontwikkeling van dit recht kan ook de inbreng van Nederlandse zijde invloed hebben. Een meer pro-actieve instelling verdient de voorkeur; anders loopt Nederland het risico in achterhoedegevechten verzeild te raken.

Voorts verdient het vanuit het oogpunt van rechtssystematiek de voorkeur dat eenmaal vastgestelde regelgeving consequent wordt doorgevoerd in het Nederlandse rechtssysteem. Dit voorkomt hybride vormen van nationale regelgeving waarbij enerzijds pro forma, via verwijzingswetgeving, Europese regelgeving wordt geïmplementeerd, terwijl anderzijds in de praktijk wordt voortgebouwd zonder enige wettelijke verankering.

7.2.2 Aanbesteding: meer transparantie, coherentie en coördinatie

Ten aanzien van de aanbesteding van overheidsopdrachtgevers in de bouwsector laten zich vragen stellen bij de systematiek van de regelgeving, bij de reikwijdte ervan en bij de bekendheid daarmee van degenen op wie deze regelgeving betrekking heeft. Niet in de laatste plaats verdient het toezicht op de naleving ervan kritische aandacht.

Regelgeving: naar een wettelijke verankering?

In zijn uitwerking vertoont het Nederlandse stelsel van aanbestedingsregelgeving een nogal gefragmenteerd karakter. De lappendeken van reglementen en onderliggende richtlijnen op het terrein van aanbestedingsregelgeving zou gebaat zijn bij meer coherentie, transparantie en duidelijkere verankering in de nationale wetgeving.

Mede naar aanleiding van de enquêteresultaten zou het parlement gelet op zijn controlerende en wetgevende taak inzake de rechtmatigheid en de doelmatigheid van de overheidsuitgaven – een actievere rol bij de aanbestedingsproblematiek kunnen ambiëren en een duidelijke, coherente wetgeving op het terrein van aanbestedingen kunnen voorstaan.

Verscheidene varianten zijn denkbaar: een codificatie in het Burgerlijk Wetboek (BW); een aparte «Wet inzake overheidsopdrachtverlening voor de uitvoering van werken, het plaatsen van opdrachten voor leveringen en het verrichten van diensten»; of een aan te passen en uit te werken Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen.

Dergelijke wetgeving zou kunnen gelden als *ijkpunt voor de besluitvorming* over hoe aanbestedingsprocedures moeten zijn ingericht. Aldus zou een homogeene geheel van door de wetgever vast te stellen regels

kunnen worden gerealiseerd voor alle soorten van te verstrekken overheidsopdrachten. Als hiervoor wordt gekozen, verdient formele wetgeving de voorkeur boven de huidige vorm van pseudo-wetgeving, opgesteld door een drietal ministeries met een aantal belangenorganisaties. Het aanbestedingsrecht in Nederland zou, gelet op zijn civielrechtelijk karakter, uit het oogpunt van rechtssystematiek in het Burgerlijk Wetboek thuishoren. Veel zou al gewonnen zijn als het verstrekken van overheidsopdrachten de status van een benoemde overeenkomst verkrijgt.

Wedekind heeft in zijn oratie Aanbesteden, een hele opdracht⁴⁵⁵ gesuggereerd dat boek 6 BW, titel 5, afdeling 2: «Het totstandkomen van overeenkomsten», de juiste plaats zou zijn. Zijn overweging dat dit qua omvang tot praktische problemen zou leiden, lijkt onvoldoende reden om het daarom maar te laten. Een oplossing zou kunnen zijn de aanbestedingsregelgeving als bijzondere overeenkomst aan te merken en in titel 5 van boek 6 van het BW een nieuwe afdeling 2A in te voegen, dan wel in boek 7 van het BW hiervoor ruimte te reserveren. Beide opties zijn rechtssystematisch verdedigbaar.

Indien de communautaire regelgeving wijzigt, dienen de veranderingen te worden vertaald in de nationale regelgeving. Bij codificatie van de aanbestedingsregelgeving in een formele wet zal dit meer tijd vergen dan bij toepassing van een raamwet met algemene maatregelen van bestuur. Wordt gekozen voor het aanpassen van de huidige raamwet en – wat de feitelijke implementatie betreft – voor verwerking in algemene maatregelen van bestuur, dan zal de parlementaire controle overigens alleen achteraf kunnen plaatsvinden.

Reikwijdte, kennis en kunde

Door een wettelijke verankering zou ook meer duidelijkheid kunnen worden geschapen over wie in de zin van de wet tot de aanbestedende diensten worden gerekend. Hierover bestaat uiteraard geen twijfel bij de grote aanbestedende rijksdiensten en de ministeries die bij het totstandkomen van de thans geldende regelgeving betrokken zijn geweest. Maar empirisch onderzoek wijst uit dat bij tal van instanties onduidelijkheid bestaat over de vraag of zij als aanbestedende dienst in de zin der wet worden aangemerkt en dat in de praktijk vaak kennis en ervaring ten aanzien van de regelgeving ontbreekt. De complexiteit en geringe transparantie van de huidige regelgeving spelen daarbij ongetwijfeld een rol. Tegen deze achtergrond valt het toe te juichen dat de laatste tijd initiatieven genomen om hierin verbetering te brengen. In dit verband is reeds het interdepartementale project Professioneel Inkopen en Aanbesteden (PIA) genoemd. Deze projectgroep zal in de loop van 2002 een handreiking voor decentrale overheden uitbrengen. In 2002 zal de NMa in samenwerking met het PIA inventariseren in hoeverre en op welk punten er bij overheidsdiensten behoefte bestaat aan advies over verbetering van de concurrentie bij aanbestedingen in de bouwsector.⁴⁵⁶ Voorts is in april 2002 «Europa decentraal», een kenniscentrum inzake Europees recht en beleid voor decentrale overheden, operationeel geworden; een initiatief van de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG), het samenwerkingsverband Interprovinciaal Overleg (IPO), de Unie van Waterschappen en het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

Deze initiatieven kunnen als een nuttige katalysator worden beschouwd om een correct aanbestedingsbeleid ingang te doen vinden bij alle betrokken diensten, maar zijn op zich ontoereikend om toepassing van de

⁴⁵⁵ T.a.p. p. 16.

⁴⁵⁶ Kamerstukken II, 2001–2002, 28 093, nr. 30, p. 5.

aanbestedingsregelgeving te waarborgen. Voor andere mogelijkheden zou ook naar buitenlandse voorbeelden, zoals het Verenigd Koninkrijk, kunnen worden gekeken.⁴⁵⁷

Toezicht

Adequaat toezicht speelt een belangrijke rol bij de naleving. Nu ontbreekt een toezichtstructuur. Er is geen specifiek toezicht op het beleid van aanbestedende diensten. Evenmin is sprake van een dwingende coördinatie van het aanbestedingsbeleid. Zo zijn er geen mechanismen om te bewerkstelligen dat aan de aanbeveling van de Raad van de Europese Unie aan Nederland⁴⁵⁸ om prioriteit te geven aan het verder openstellen van de markt voor de overheidsaanbestedingen in Nederland, daadwerkelijk uitvoering wordt gegeven.

Temeer omdat de rijksoverheid het aanspreekpunt is voor de Europese instellingen ter zake, lijkt een meer dwingende coördinatie en regie op dit punt in de rede te liggen. Dit is voorts van belang, omdat de uit de aanbestedingsrichtlijnen voortvloeiende verplichtingen zich in sommige gevallen richten tot particuliere bedrijven of instellingen; bijvoorbeeld in het geval van subsidies voor bouwopdrachten of bij opdrachten onder de voorwaarde dat wordt aanbesteed.

Overwogen zou kunnen worden de verantwoordelijkheid voor aanbestedingsbeleid bij één minister te concentreren en een stelsel met mogelijkheden voor preventief toezicht op de naleving van de Europese aanbestedingsrichtlijnen door aanbestedende diensten in te voeren. De recente Wet toezicht Europese subsidies alsook het eerder genoemde Britse beleid zouden daarbij als inspiratiebron kunnen dienen. Dit laat onverlet dat op het niveau van de aanbestedende diensten en de onderscheiden overheden de eigen accountants en Rekenkamers nu al bij hun controle op de rechtmatigheid van uitgaven alerter dan voorheen kunnen functioneren ten aanzien van de toepassing van de aanbestedingsregelgeving. Dat zou de controlerende taak van de volksvertegenwoordiging structureel kunnen verlichten. In de wetenschap dat de aanbesteding systematisch onderwerp van inspectie en rapportage is, hoeven volksvertegenwoordigers zich minder te verlaten op een piepsysteem over onregelmatigheden zoals nu doorgaans het geval is.

Uitsluiting van aannemers

De onderhavige parlementaire enquête heeft gereede aanwijzingen opgeleverd voor het bestaan van ongewenste georganiseerde gedragingen en collusie in de bouwnijverheid. Dit gegeven maakt het kunnen uitsluiten van gegadigden en inschrijvers van toenemend belang teneinde de integriteit van het aanbestedingsproces te kunnen waarborgen. Met de recent aangenomen Wet BIBOB lijkt een serieus instrumentarium te zijn ontwikkeld voor de aanpak van onregelmatigheden in diverse marktsegmenten. Maar met het gebruik van bepaalde uitsluitingcriteria kan niet anders dan met de nodige terughoudendheid worden omgegaan. Uitgaande van de beperkingen die worden opgelegd door het gesloten systeem van de Europese aanbestedingsregelgeving en de toepassing van het gelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel, zal het bruikbare rendement van de Wet BIBOB voor wat betreft de aanbesteding van overheidsopdrachten waarschijnlijk beperkt zijn. Niettemin blijken in de praktijk, zoals het voorbeeld van het bureau Screening- en Bewakingsaanpak (SBA) in Amsterdam laat zien, ook andere, redelijk effectieve, maatregelen te kunnen worden getroffen om malafide aannemers buiten de deur te houden.

⁴⁵⁷ Zowel op nationaal als op lokaal niveau zijn in het Verenigd Koninkrijk maatregelen genomen om de aanbestedingsprocedures te verbeteren. Het ministerie van Financiën heeft het Office of Government Commerce (OGC) opgericht dat zich richt op de begeleiding en advisering inzake aanbesteding. Dit bureau vertegenwoordigt ook de regering op internationaal niveau over aanbestedingsaangelegenheden. De Government Procurement Service (GPS) heeft ten doel de professionaliteit van de aanbesteding te verhogen, onder meer door trainingen en het stimuleren van loopbaanplanning voor professionele aanbesteders. Door de Britse VNG is bovendien de Improvement and Development Agency (IDeA) opgericht die aanbestedingsprocedures van gemeenten doorlicht op de juridische aspecten. In een aantal gevallen is structureel voorzien in een periodieke rapportage aan en een actieve betrokkenheid van de (plaatselijke) volksvertegenwoordiging. Zie: Van Bussel, Huibert e.a., *Europe Calling* BB 18.08; *Would a regulatory system as it exists in Great Britain be advantageous in solving the problems which exist in the Netherlands at national level?*, Higher Institute of European Studies, 2002.

⁴⁵⁸ Aanbeveling nr. 2001/483/EG van de Raad van de Europese Unie van 15 juli 2001 betreffende de globale richtsnoeren voor het economische beleid van de lidstaten en de Gemeenschap (PbEG L 179).

Arbitrage

In de praktijk van het Europese recht vindt de effectuering ervan vaak plaats langs de weg van de nationale rechter, al dan niet met gebruikmaking van de eerder genoemde mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen. Het in Nederland vigerende stelsel van geschilbeslechting biedt daartoe weinig mogelijkheden. De Raad van Arbitrage neemt een prominente plaats in bij de beslechting van aanbestedingsgeschillen in de bouwnijverheid. Hoewel deze Raad kan bogen op een lange staat van dienst, dient wel de vraag te worden opgeworpen of deze wijze van arbitrage naar huidige begrippen voldoende bijdraagt aan de openheid van de Nederlandse aanbestedingsmarkt.

In het bijzonder kan het voor buitenlandse inschrijvers bezwaarlijk zijn, dat zij worden geconfronteerd met arbitrage waarin vertegenwoordigers van hun Nederlandse concurrenten zitting hebben. Hierbij dient overigens te worden opgemerkt dat buitenlandse ondernemers ook langs andere weg toegang op de nationale markt kunnen afdwingen. Het indienen van klachten bij de Europese Commissie kan een effectief middel zijn. Niettemin lijken er voldoende redenen om te overwegen in de aanbestedingsreglementen de geschilbeslechting niet aan de overheidsrechter worden onttrokken, tenzij partijen zelf anders nader overeenkomen. De keuze voor arbitrage verandert dan van een «ja, mits» in een «nee, tenzij». Voorts kan worden gesignaleerd dat ook van de zijde van aanbestedende diensten, zowel op centraal als op decentraal niveau, kritische kanttekeningen worden geplaatst bij de samenstelling van de scheidsrechters. Naar hun oordeel is die onevenwichtig omdat daarin te weinig de belangen van de opdrachtgevers zijn vertegenwoordigd.⁴⁵⁹ Zonder af te doen aan de inhoudelijke merites van de uitspraken van de Raad, lijkt een dergelijk wantrouwen van een van de betrokken partijen geen goede zaak voor het functioneren van de arbitrage. Dat pleit ervoor om de samenstelling van de Raad nog eens kritisch tegen het licht te houden.

7.2.3 Mededinging: vooral een kwestie van toepassing en toezicht

Horizontale afspraken

De Nederlandse wetgeving inzake mededinging is sinds 1998 in lijn gebracht met het Europese recht door het van kracht worden van de Mededingingswet. Het Nederlandse misbruikstelsel waarin kartels in beginsel waren toegestaan zolang zij geen misbruik maakten van hun positie, is daarmee definitief van de baan en vervangen door het Europese verbodstelsel.

De juridische uitgangspunten ten aanzien van aanbestedingskartels zijn derhalve duidelijk: dergelijke kartels zijn vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt verboden. Niet alleen prijsafspraken en afspraken tussen inschrijvers die dienen om opdrachten onderling te verdelen, maar ook horizontale regelingen inzake rekenvergoedingen zijn verboden en beboetbaar. Zelfs al zou het systeem van vooroverleg en rekenvergoedingen om allerlei, volgens sommigen ook economische, redenen nog steeds te prefereren zijn, dan neemt dit nog niet weg dat een dergelijk systeem voltooid verleden tijd behoort te zijn: het is simpelweg verboden. Het feit dat velen in de bouwsector zo sterk blijken te hechten aan onderlinge rekenvergoedingen terwijl die doorgaans slechts een gering deel van de totale aanneemsom uitmaken, kan duiden op andere functies die het vooroverleg vervult. Daarbij valt met name te denken aan het vooroverleg als gezamenlijk marktverdelings- en prijsbeheersingsinstrument en – in het verlengde daarvan – als middel om de continuïteit van het eigen bedrijf van de overlegdeelnemers beter te waarborgen.

⁴⁵⁹ Dit oordeel heeft onder meer de VNG, blijkens een notitie die zij aan de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid heeft gezonden bij brief van 5 juli 2002.

Verticale relaties

Verticale regelingen tussen opdrachtgever en aanbieders over rekenvergoedingen kunnen echter toegestaan zijn mits zij een facultatief karakter hebben, terughoudend en non-discriminatoir worden toegepast en niet leiden tot verboden staatssteun. Een verticale regeling dient facultatief en dus niet verplicht te zijn omdat anders mededingingsbelemmerende effecten kunnen gaan optreden: opdrachtgevers zullen dan immers op voorhand geneigd zijn het aantal inschrijvers te beperken. Zou dat niet het geval zijn, dan treedt waarschijnlijk een ander ongewenst effect op: vanwege de vergoeding worden niet-serieuze offertes uitgelokt. Meer principieel kan men stellen dat het offertekosten als verwervingskosten moeten worden beschouwd en dus gerekend moeten worden tot de gebruikelijke algemene kosten van de bedrijfsvoering. Daarbij kan terzijde worden opgemerkt dat het gebruik van moderne ict-technieken tegenwoordig heel wat werk kan besparen bij het opstellen van de meeste offertes.

Het voorgaande pleit ervoor de verticale rekenvergoeding niet alleen facultatief toe te passen, maar ook nadrukkelijk restrictief. Men zou een vergoeding alleen dienen te overwegen als het gaat om aan te besteden werken van een bijzondere aard waarbij aannemers niet terug kunnen vallen op standaarden om een verantwoorde offerte op te stellen. Niet de grootte van het werk maar de complexe, innovatieve aard ervan dient daarbij dus bepalend te zijn.

Aandachtspunten aanbestedende diensten: concentraties en combinaties

Beperkingen van de mededinging in aanbestedingszaken kunnen voortvloeien uit het gedrag van ondernemingen op de Nederlandse markt. Te denken valt aan aanbestedingskartels, aan concentratievorming en aan combinatievorming op een wijze die de mededinging verstoort.

Bij concentraties is in het bijzonder de positie van grondstoffenleveranciers van belang. Buitenlandse bouwondernemingen kunnen vanwege de transportkosten niet met Nederlandse bedrijven concurreren indien zij, in tegenstelling tot hun Nederlandse concurrenten, geen – of in mindere mate – toegang krijgen tot de Nederlandse grondstoffen. Met name de vorming van verticale concentraties waarbij bedrijven die grondstoffen produceren, worden ingelijfd bij grote bouwondernemingen, dient vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt nauwlettend te worden gevolgd. Zij kunnen de mededinging effectief beperken of zelfs uitsluiten. Dat heeft uiteraard een remmende invloed op het totstandkomen van de Europese markt voor overheidsopdrachten. Meer dan voorheen zou dit een aandachtspunt voor de aanbestedende diensten en het toezicht moeten zijn. De ontwikkeling in de Europeesrechtelijke jurisprudentie geeft daar ook aanleiding toe.⁴⁶⁰

Aanbestedingskartels kunnen voorts worden beïnvloed door de wijze waarop opdrachtgevers aanbesteden. Naarmate aanbestedingsprocedures meer mogelijkheden bieden voor buitenlandse ondernemingen om in te schrijven op opdrachten in Nederland, wordt kartelvorming bij aanbestedingen moeilijker gemaakt. Kartelvorming bestaat immers bij de gratie van een gesloten en besloten kring van gegadigden. Behalve van binnenuit, door een van de deelnemers van het kartel, kan deze cirkel ook van buitenaf worden doorbroken door «outsiders» te laten meedingen. De wijze van aanbesteden kan daarmee een bijdrage leveren aan het voorkomen van kartelvorming.

⁴⁶⁰ Steenbergen, J., Van gebruik van marktpositie naar misbruik van machtspositie, en terug?, in: SEW, 2002, p. 241–243.

Een andere wijze waarop aanbestedende diensten kartelvorming kunnen tegengaan, is kritisch te staan tegenover combinatievorming. Combinaties

van ondernemingen bij aanbestedingen zijn immers slechts onder bepaalde voorwaarden toegestaan. Zo moet duidelijk zijn dat elk van de betrokken bedrijven afzonderlijk niet in staat is de opdracht uit te voeren. De indruk bestaat echter dat aanbestedende diensten in dit opzicht nogal lankmoedig opereren, temeer als blijkt dat een combinatie de laagste prijs heeft geoffreerd. Omdat aanbestedende diensten zelf bij een laagste prijs groot belang hebben – de laagste prijs is ook een belangrijk gunningscriterium voor opdrachten –, zou combinatievorming vooral een aandachtspunt voor het externe toezicht moeten zijn.

Toezicht

De nog jonge Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) is belast met het toezicht. Vooralsnog lijken de toezichts- en onderzoeksbevoegdheden van de NMa voldoende, maar als belastend materiaal steeds vaker verborgen blijkt te worden in privé-behuizingen, zou overwogen kunnen worden de bevoegdheden terzake van de NMa – onder nadere voorwaarden – uit te breiden. Daarnaast lijkt vooral behoefte aan uitbreiding van de personele capaciteit en aan een weloverwogen prioriteitstelling. De NMa is betrokken bij een reeks van acties die het kabinet begin december 2001 desgevraagd aan de Tweede Kamer heeft toegezegd:

- Het instellen van een meldingspunt van onregelmatigheden inzake mededingingsaspecten bij aanbestedingsprocedures. Hiervoor heeft de NMa een meldingsformulier opgesteld. De aankondiging daarvan is in de Staatscourant van 6 juni 2002 gepubliceerd.⁴⁶¹ De NMa wil de meldingen gebruiken om het inzicht in de structuur van bouwsector te vergroten en patronen van verboden afspraken in kaart te brengen. Voor het eind van 2002 zullen alle aanbestedende diensten van de rijksoverheid in hun administratieve organisatie de meldingsplicht van onregelmatigheden aan het OM of de NMa hebben opgenomen, zo meldt het kabinet.⁴⁶²
- Een analyse van de structuurkenmerken van de bouwnijverheid. De conclusies komen in grote lijnen overeen met de resultaten van het onderzoek dat de enquêtemissie terzake heeft laten uitvoeren: de bouwnijverheid heeft een aantal kenmerken die de kans op kartelvorming vergroot en verdient om die reden extra aandacht.⁴⁶³
- Versterken van mogelijkheden voor de NMa om informatie te verkrijgen, zoals het openen van een tiplijn, eind 2001. Daarnaast is een clementieregeling opgesteld voor degenen die betrokken zijn of zijn geweest bij een kartel en daarvan de NMa op de hoogte willen stellen en in ruil daarvoor boetevermindering of -immunitet kunnen krijgen. De definitieve Richtsnoeren Clementietoezegging zijn per 2 juli 2002 van kracht geworden.⁴⁶⁴

Al deze maatregelen kunnen bijdragen aan een effectiever toezicht. In die zin heeft de parlementaire enquête er op voorhand toe bijgedragen dat de problematiek de aandacht krijgt die ze verdient. Zaak is nu die aandacht te behouden door een meer structurele aanpak door de NMa dan voorheen.

7.2.4 Contractvormen: maatvoering en professioneel aanbesteden

Inmiddels is een scala van contractmodellen ontwikkeld. Naast het traditionele model, waarin de opdrachtgever de randvoorwaarden en specificaties bepaalt, zijn onder invloed van vooral Amerikaanse en Engelse voorbeelden ook andere contractvormen ontwikkeld. Daarin is de verantwoordelijkheid van de aannemer in de ontwerpfase toegenomen. In dat verband moeten opdrachtgevers zich realiseren dat aan een verschuiving van risico's naar de aannemer een prijskaartje hangt. Een weloverwogen risicotoedeling is daarom een belangrijk aandachtspunt. Verschil-

⁴⁶¹ Stcrt. 2002, 105, p. 28.

⁴⁶² Kamerstukken II, 2001–2002, 28 093, nr. 30, p. 4–6.

⁴⁶³ CAP Analysis, Scan van de Nederlandse bouwsector, in opdracht van de NMa, juni 2002. In de pers zijn kritische besprekingen hieraan gewijd. De kanttekeningen betreffen met name de gebruikte data en de analyse daarvan; de conclusies als zodanig zijn echter nauwelijks ter discussie gesteld.

⁴⁶⁴ Stcrt. 2002, 122, p. 16.

lende vormen van samenwerking tussen opdrachtgever en aannemers worden gecreëerd. Elk model heeft zijn eigen mores, waaraan betrokkenen zich dienen te houden om een project tot een succes te maken. De meer recente modellen vergen dan ook een cultuuromslag van beide partijen. Maar welk model bij de aanvang ook wordt gekozen, indien de feitelijke invulling afwijkt van het oorspronkelijk gekozen model, zal deze afwijking de onderlinge rechtsverhouding mede beïnvloeden. Van de aanbestedende diensten vergt een en ander kundig opdrachtgeverschap. Niet alleen in termen van bouwtechnische kennis waarop tot nu toe de nadruk lijkt te hebben gelegen, maar vooral ook in termen van marktkennis en -kunde en van juridische vormgeving van contracten. Initiatieven zoals het eerder genoemde voorbeeld uit het Verenigd Koninkrijk waarbij expertisecentra voor aanbestedende diensten zijn opgericht, zouden op dit punt een inspiratiebron kunnen zijn.

7.3 Tot besluit

De rode draad voor de verbeteringen in de onderzochte juridische aspecten is samen te vatten in de volgende trefwoorden: transparantie, coherentie, meer dwingende coördinatie en effectief toezicht. Dit houdt geen pleidooi voor verdergaande juridisering van horizontale en verticale relaties in. De aanbevelingen impliceren niet zozeer méér alswel ándere, minder hybride, regelgeving; met name op het gebied van aanbesteding. De gesuggereerde maatregelen houden evenmin de pretentie in dat regelgeving en het toezicht daarop een panacee voor de knelpunten en onregelmatigheden in de bouwnijverheid zijn. Daar is méér voor nodig.

Lijst van afkortingen

AIV	Algemene Inschrijvingsvoorwaarden
ARK	Algemene Rekenkamer
AR2k	Aanbestedingsreglement 2000 (van Railinfrabeheer)
AVBB	Vereniging Algemeen Verbond Bouwbedrijf
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BIBOB	(Wet) Bevordering IntegriteitsBeoordelingen door het Openbaar Bestuur
BNA	Bond van Nederlandse Architecten
BR	Bouwrecht (tijdschrift)
BW	Burgerlijk Wetboek
DG	Directoraat-Generaal; directeur-generaal
D&C	Design and Construct
EC	Europese Commissie
EER	Europese Economische Ruimte
EG	Europese Gemeenschap(en)
EMU	Europese Monetaire Unie
EP	Europees Parlement
ER	Europese Raad
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
FIDIC	Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GPA	Agreement on Government Procurement
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
IOEA	Interdepartementaal Overlegorgaan Europese aanbestedingsvoorschriften
KIVI	Koninklijk Instituut van Ingenieurs
MvT	Memorie van Toelichting
Mw	Mededingingswet
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
N.v.v.A.	Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
OM	Openbaar Ministerie
PbEG	Publicatieblad Europese Gemeenschappen
PBO	Publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie
PIA	Actieplan Professioneel Inkopen en Aanbesteden
PPS	Publiek-Private Samenwerking
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvA	Raad van Arbitrage voor de bouw
RVOI	Regeling van de Verhouding tussen Opdrachtgever en adviserend Ingenieursbureaus (2001)
RWS	Rijkswaterstaat
SBA	Screening- en Bewakingsaanpak, Amsterdam
SPO	Vereniging Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de bouwnijverheid
SR1997	Standaardvoorwaarden Rechtsverhouding opdrachtgever-architecten (BNA, 1997)
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
TK	Tweede Kamer

UAR	Uniform aanbestedingsreglement
UAV1989	Uniforme Administratieve Voorwaarden 1989
UAV-GC 2000	Uniforme Administratieve Voorwaarden voor Geïntegreerde Contracten 2000
UvA	Universiteit van Amsterdam
VGBouw	Vereniging Grootbedrijf Bouwnijverheid
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
VUI	Voorlopige Uitvoeringsinstructie
WEM	Wet Economische Mededinging
WTO	World Trade Organisation

Literatuur

- Arrowsmith, S.L., *The Law of Public and Utilities Procurement*, 1996.
- Arrowsmith, S.L. en J. Linarelli, D. Wallace Jr., *Regulating Public Procurement, National and International Perspectives*, 2000.
- Arrowsmith, S.L., «The E.C. procurement directives, national procurement policies and better governance: the case for a new approach», *European Law Review*, (2002) 27, p. 6.
- Berg, B. van den, *Juridische aspecten van ondergronds bouwen*, Vereniging voor Bouwrecht, 1997, p. 178 e.v.
- Berg, M.A.M.C. van den, e.a. (red.), *Bouwrecht in kort bestek*, 2000.
- Berg, M.A.M.C. van den, *Samenwerkingsvormen in de bouw*, diss., 1990.
- Boer, L.C. de, *Vuistregels bij de risico(toe)deling bij design&construct/turnkey*, *Vastgoedrecht*, 1997, p. 128.
- Boer, L.C. de, *Toetsing en acceptatie in de UAV-GC 2000*, *Bouwrecht*, 2000, p. 659 e.v.
- Bruinsma, G.J.N., *Georganiseerde criminaliteit in Nederland*, Universiteit Twente, Kamerstukken II, 1995–1996, 24 072, nr. 18.
- Buruma, Y., *Inzake de beladen bouwnijverheid*, *NJB*, 2002, p. 701.
- Chao-Duivis, M.A.B., en A.Z.R. Koning, *Veranderende rollen; een inleiding in nieuwe Contractvormen in het bouwrecht*, Stichting Instituut voor het Bouwrecht, 2001.
- Chao-Duivis, M.A.B., *Is er nog toekomst voor de UAV 1989?*, *Bouwrecht*, 2002, p. 361 e.v.
- Dolmans-Budé, I.A.H., e.a., *Quick scan aanbestedingsbeleid en aanbestedingspraktijk rijksoverheid*, eindrapport Berenschot Osborne in opdracht van het ministerie van VROM, 2002.
- Donders, N.J.M., (Niet-)passende inschrijving, in: *Bouwrecht*, 2001, p. 480.
- Duhoux, H.K., *Rechtsverhouding tussen deelnemers aan het bouwproces*, *Bouwrecht*, 1970, p. 183.
- Gormley, L.W., «Some Procurement Issues worth recalling», *Jaarboek 2000 N.V.v.A.*, Van Romburgh, H.D. (red.), 2001.
- Groenhuijsen, M.S. en G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken; tweede interim-rapport onderzoeksproject strafvordering*, 2001.
- Hebly, J.M., *De aanbesteding met voorafgaande selectie en het UAR 2001*, *Bouwrecht*, 2002, p. 2.
- Heuvel, G.A.A.J. van den, *Collusie tussen overheid en bedrijf een vergeten hoofdstuk uit de organisatiecriminologie*, oratie, 1998.
- Jansen, C.E.C., *Totstandkoming en inhoud van design&construct-contracten voor complexe infrastructurele projecten*, Vereniging voor Bouwrecht, 2002.
- Jansen, C.E.C., *Andere manier van aanbesteden voorkomt bouwkartels*, *NJB*, 2001, p. 2123.
- Janssen, J.G.J., *Aanbesteding van een geïntegreerd project; de inbedding van de UAV-GC 2000 in de (Europese) aanbestedingsregelgeving*, *Bouwrecht*, 2000, p. 723 e.v.
- Kleine-Möller, N., en H. Merl en W. Oelmaier, *Handbuch des privaten Baurechts*, 1997.
- Kapteyn/VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, 1998.
- Koning, A.Z.R., *Werken in Bouwteam*, in: *Bouwrecht*, 2002, p. 376 e.v.
- Knigge G., «De strafvordering in het geding», preadvies in «Herbezinning op (de grondslagen) van het Wetboek van Strafvordering», *Handelingen NJV*, 124e jaargang, 1994-I.
- Lantink, G.J. en D.E. van Werven, *Regelingen ter bescherming tegen het leuren en ter vergoeding van gemaakte rekenkosten in het Verenigd Koninkrijk, België, Denemarken en Frankrijk*, 1992.

Manunza, E., EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit, diss., 2001.

Marissing, J.P.L. van, De bouwsector en de Mededingingswet: een status aparte?, *Bouwrecht*, 2001, p. 942.

May, Sir A., *Keating on building contracts*, 1995.

Meent, G.W.A. van der, *Overheidsaanbestedingen: de EG-rechtelijke context*, diss., 1995.

Meulenbelt, M. en W. Wedekind, *Kernteksten aanbestedingsrecht*, SDU, 2001.

Ministerie van Economische Zaken, *Europees aanbesteden: haal pegels uit die regels!*, 1999.

Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht, *Jaarboek 1998 N.V.v.A.*, Van Romburgh, H.D. (red.), 1998.

OECD Committee on competition law and policy, *Competition and procurement markets*, 1999.

Pirie, J.D., *Contractual problems connected with major infrastructural projects*, ICLR, 1995.

Plug, P.J., *Syntheserapport evaluatie Mededingingswet*, Berenschot/Ministerie van Economische Zaken, 2002.

Pijnacker Hordijk, E.H. en G.W. van der Bend, *Aanbestedingsrecht; Handboek van het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht*, 2e druk 1999.

Ridder, H.A.J. de, *Design&construct of complex civil engineering systems*, 1994.

Romburgh, H.D. van, (red.), *Regelgeving & Overheidsopdrachten*, Banden A en B, Kluwer, Alphen aan den Rijn 2001.

Slagter, W.J., *Alternatieven voor een verboden prijsregeling in de bouw*, in: *Bouwrecht*, 1993, p. 54.13.

Slot, P.J., J.E.M. Polak e.a., *Eindrapport Evaluatie Mededingingswet (juridisch deelonderzoek)*, Universiteit Leiden, i.o. van het ministerie van Economische Zaken, 2002.

Steenbergen, J., *Van gebruik van marktpositie naar misbruik van machtspositie, en terug?*, *SEW*, 2002, p. 241.

Uff J. en A.M. Odams de Zylva, *New horizons in construction law*, 1998.

Waarden, B.F. van, *Hoe uniek, legitiem en efficiënt is de Nederlandse overlegeconomie?*, in: *150 jaar Grondwet; overlegeconomie in een goede constitutie*, 1998, p. 23–84.

Wallace, Duncan, *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 1995.

Wassenaer van Catwijck, A.G.L. van, *De prijs van bederf; Over corruptie in de wereld van overheidsopdrachten*, in: *Jaarboek 1995–1996 N.V.v.A.*, Van Romburgh, H.D. (red.), 1997, p. 59.

Wedekind, W.G.Ph.E., *Aanbesteden, een hele opdracht*, oratie, Vossiuspers UvA, 2001 Werner, U. en W. Pastor, *Der Bauprozess*, 9e druk, 1998.

Whish, R., *Competition Law*, 2001.

Wijngaarden, M.A. van, *Handleiding tot de UAV, serie Bouwrecht Monografieën*, 1974.

Wijngaarden, M.A. van, *Hoofdstukken Bouwrecht*, delen 1 (5e druk, 1999), 2 (5e druk, 1999), 5 (4e druk, 2000), 13 (3e druk, 2001) en 14 (3e druk, 2001).

Aanbestedingsvormen	Kenmerken
A. <i>Openbare aanbesteding</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Aanbesteding in één ronde, die door middel van een bekendmaking algemeen bekend wordt gemaakt. • Iedere aanbieder kan deelnemen. • Opdrachtgever mag niet onderhandelen.
B. <i>Aanbesteding met voorafgaande selectie</i> (in de Europese aanbestedingsrichtlijnen de «niet-openbare»-procedure genoemd)	<ul style="list-style-type: none"> • Aanbesteding in twee rondes, die door middel van een bekendmaking algemeen bekend wordt gemaakt. • Op grond van vooraf bepaalde selectiecriteria worden een vooraf bepaald aantal aannemers uitgenodigd een offerte uit te brengen. • Opdrachtgever mag niet onderhandelen.
C. <i>Onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking</i> ¹ (voor opdrachten onder het UAR-EG 1991).	<ul style="list-style-type: none"> • Aanbesteding in twee rondes, die door middel van een bekendmaking algemeen bekend wordt gemaakt. • Opdrachtgever onderhandelt in de tweede ronde met beperkt aantal gegadigden (ten minste 3 in het UAR-EG 1991). • UAR-EG 1991 is uitgebreider dan de Europese Richtlijnen om bescherming tegen het leuren te verbieden. • UAR 1986/2001 bevat een dergelijke procedure niet.
D. <i>Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.</i>	<ul style="list-style-type: none"> • (voor opdrachten onder het UAR-EG 1991). Aanbesteding in één ronde, die niet algemeen bekend wordt gemaakt. Slechts te gebruiken in een limitatief genoemd aantal gevallen. • Opdrachtgever onderhandelt met één of meer vrij gekozen gegadigden over de contractuele voorwaarden. • UAR-EG1991 is uitgebreider dan de Europese Richtlijnen om bescherming tegen het leuren te verbieden. • UAR-1986/2001 bevat een dergelijke procedure niet.
E. <i>Onderhandse aanbesteding na selectie</i> (voor opdrachten onder het UAR 1986/UAR 2001).	<ul style="list-style-type: none"> • Aanbesteding in tweede rondes, die door middel van een bekendmaking algemeen bekend wordt gemaakt (alleen in UAR 1986/UAR 2001). • Vrije keus aanbesteder tot uitnodiging van ten minste een of meer gegadigden (nieuw in UAR-2001).
F. <i>Onderhandse aanbesteding</i> (voor opdrachten onder het UAR 1986/UAR 2001).	<ul style="list-style-type: none"> • Aanbesteding in één ronde, die niet algemeen bekend wordt gemaakt (alleen in UAR 1986/UAR 2001). • Opdrachtgever nodigt ten minste twee, maar niet meer dan zes gegadigden uit.
G. <i>Gunning uit de hand</i> (of «enkelvoudige uitnodiging»)	<ul style="list-style-type: none"> • Vrije keus aanbesteder tot uitnodiging van één (of meer) gegadigde(n) aan wie de opdracht zal worden gegund. • Door aanbestedende diensten alleen te gebruiken indien zij niet verplicht zijn tot het gebruik van het UAR-EG 1991, het UAR 2001, dan wel op basis van andere gedragsregels verplicht zijn concurrentie te stellen.
H. <i>Procedure voor deelname in bouwteam</i> (voor opdrachten onder het UAR-EG 1991).	<ul style="list-style-type: none"> • Conform EG-richtlijnen dienen, bij opname van een aannemer in een <i>bouwteam voor sociale woningbouw</i>, de regels ten aanzien van bekendmaking van de niet-openbare procedure en kwalitatieve selectiecriteria te worden toegepast. Verder heeft het alle kenmerken van een procedure van gunning via onderhandelingen (artikel 9 Richtlijn Werken en artikel 3 UAR-EG 1991).
J. <i>Uitgifte concessie</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Europese richtlijn Werken (artikel 3) en UAR-EG 1991 (artikel 58) geven slechts beperkte voorschriften voor de uitgifte van concessies.
I. <i>Prijsvraag voor ontwerpen</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Geen aanbestedingswijze in eigenlijke zin. Komt alleen voor in de Europese Richtlijn Diensten.

¹ Vergelijkbare procedure voor aanbesteding van werken onder de richtlijn Nutssectoren: «gunning via onderhandeling met voorafgaande oproep tot mededinging».

Bron: R.J. Smith, *Allocation of risk, the case of manageability*, in: International Construction Law Review 1996. Aangepast voor Nederland in Risman publicatie nr. 01, CUR Gouda, nov. 2001.

Risico	Aanbevolen toedeling	Overwegingen
1. Overmacht	Gevolgen delen (kosten voor opdrachtnemer, tijd voor opdrachtgever).	Voeg een heldere en volledige lijst bij. Opdrachtnemer zou deel van de risico's kunnen verzekeren.
2. Passende begroting voor project	Opdrachtgever	Verwerp kwalitatief goede ontwerp-documenten en deugdelijke schattingen.
3. Geschikt ontwerp	Opdrachtgever	Zorg voor passende begroting voor het ontwerp.
4. Ongunstige weersomstandigheden	Gevolgen delen (kosten voor de opdrachtnemer, tijd voor de opdrachtgever)	Reduceer aantal geschillen door ongunstige omstandigheden nader te omschrijven in het bestek.
5. Dubbelzinnige besteksomschrijving	Opdrachtgever	Zorg voor voldoende ontwerpbudget. Zorg voor controle door een derde partij voor aanbesteding.
6. Asbest en andere risicovolle stoffen	Opdrachtgever	Noteer in duidelijk taal de verantwoordelijkheden van partijen.
7. Veranderingen van wet- en regelgeving na gunning	Opdrachtgever	Omschrijf duidelijk waar de verantwoordelijkheid ligt.
8. Prijswijzigingen	Opdrachtgever	Zorg voor heldere werkbare procedures.
9. Wijzigingen in procedures	Opdrachtgever	Zorg voor werkbare procedures.
10. Helderheid en volledigheid van plan	Opdrachtgever	Zorg voor voldoende ontwerpbudget.
11. Betrouwbaarheid van opdrachtgevers calculatie van kosten	Opdrachtgever	Schakel ervaren calculator in.
12. Gelijkzijdige vertragingen/verstoringen	Opdrachtgever	Onderscheid scheidingsvlakken en zorg voor vooruitziende beheersmaatregelen.
13. Constructieve haalbaarheid van het ontwerp	Opdrachtgever	Zorg voor controle op de constructies.
14. Kwalificaties opdrachtnemer	Opdrachtgever	Stel criteria voor verantwoordelijkheden vast en handhaaf ze.
15. Kostenstijgingen	Gedeeld	Neem een bepaling in het contract op waarin de rand-kenmerkende grootheden worden omschreven.
16. Vertraging in beslissingen en aanpakken en oplossen problemen	Opdrachtgever	Zorg voor competente, bevoegde vertegenwoordiger op de bouwplaats.
17. Vertraging in het overdragen van tekeningen, instructies, aanwijzingen	Opdrachtgever	Zorg voor competente, bevoegde vertegenwoordiger op de bouwplaats.
18. Vertraging in waarschuwen voor problemen	Opdrachtnemer	Zorg voor bevoegde adviseur.
19. Afwijkende bouwplaatsomstandigheden	Opdrachtgever	Gebruik standaardclausule.
20. Bureaucratie opdrachtgever	Opdrachtgever	Verbeter personeelssituatie.
21. Besluitvormingsproces opdrachtgever	Opdrachtgever	Herzie het proces en stroomlijn zo veel mogelijk.
22. Vertrouwdheid opdrachtgever met de bouw	Opdrachtgever	Behoud deskundigheid of huur deze in.
23. Door opdrachtgever geleverde bouwstoffen en materiaalkwaliteit	Opdrachtgever	Leg dit vast in planningfase.
24. Door opdrachtgever ter beschikking gestelde bouwstoffen en materiaaltijdige levering	Opdrachtgever	Leg dit vast in planningfase.
25. Nakoming milieu-eisen	Gedeeld	Onderscheid eisen en specifieke verantwoordelijkheden.
26. Milieu dwangmaatregelen	Gedeeld	Onderscheid eisen.
27. Beschikbaarheid materieel	Opdrachtnemer	
28. Geschikt materieel	Opdrachtnemer	
29. Wisselkoersen (valutarisico)	Gedeeld	Neem een bepaling op in het contract inzake risico-verdeling.
30. Bestaande nutsvoorzieningen en ondergrondse kabels en leidingen	Opdrachtgever	Bodemonderzoeken, volledig blootleggen.
31. Regeringsmaatregelen	Gedeeld	
32. Stabiliteit van de regering	Gedeeld	
33. Grondkarakteristiek	Opdrachtgever	Gebruik GBR als basis.
34. Zakking grond	Opdrachtnemer	Neem toleranties in besteksomschrijving op. Verzekeer de grootste risico's.
35. Versteving grond	Opdrachtnemer	Opdrachtgever behoort de eisen in de besteksomschrijving op te nemen.
36. Grondwater (hoeveelheid en kwaliteit)	Opdrachtgever	Gebruik GBR als basis.
37. Gevaarlijke stoffen op de bouwplaats aangetroffen	Opdrachtgever	Gebruik contractbepalingen om verantwoordelijkheden en procedures te beschrijven.
38. Beschikbaar personeel	Opdrachtnemer	
39. Misbruik mankracht	Opdrachtnemer	Zorg voor specifiek programma.

Risico	Aanbevolen toedeling	Overwegingen
40. Productiviteit ingezet personeel	Opdrachtnemer	
41. Opleidingen personeel	Opdrachtnemers	
42. Kundigheid en beschikbaarheid leidinggevers	Opdrachtnemer	
43. Efficiëntie leidinggevers	Opdrachtnemer	
44. Beschikbaarheid bouwstoffen	Opdrachtnemer	
45. Hoeveelheden bouwstoffen	Opdrachtnemer	
46. Tekorten bouwstoffen	Gedeeld	
47. Middelen/Methoden en technieken	Opdrachtnemer	
48. Meerdere hoofdaannemers	Opdrachtgever	Leg bevoegdheid/verantwoordelijkheid beoogde coördinator vast in contract.
49. Vergunningen	Verwerving voor opdrachtgever. Toestemming voor opdrachtgever.	Overweeg deze taken te omschrijven en te verwerken in de planning c.q. ontwerpovereenkomst.
50. Fasering/coördinatie met gebruik van bestaande faciliteiten	Opdrachtgever	Ontwikkel een faseringsplan.
51. Kwaliteit van leidinggevers voor uitvoering, projectenadministratie en coördinatie	Opdrachtgever	Schakel voldoende gekwalificeerd personeel in.
52. Kwaliteit van het toezicht	Opdrachtgever	Schakel voldoende gekwalificeerd personeel in.
53. Beschikbaarheid bouwterrein	Opdrachtgever	Zet de benodigdheden en beperkingen in de planningsfase op een rijtje.
54. Verstopping bouwterrein	Opdrachtnemer	
55. Drooghouden bouwterrein	Opdrachtnemer	Overweeg dit uit te besteden.
56. Veiligheid bouwterrein	Opdrachtnemer	Overweeg dit uit te besteden.
57. Stabiliteit en sterkte (begaanbaarheid)	Opdrachtgever	Gebruik GBR als basis en CUR-rapport 2001-9 «Begaanbaarheid bouwterreinen».
58. Beschikbaarheid subopdrachtnemer	Opdrachtnemer	Ontwikkel langetermijn-samenwerking.
59. Kwalificaties subopdrachtnemer	Opdrachtnemer	Zorg voor goede aanbestedingsmethodiek subopdrachtnemers.
60. Betrouwbaarheid subopdrachtnemer	Opdrachtnemer	Zorg voor goede aanbestedingsmethodiek subopdrachtnemers.
61. Bekwaamheid leveranciers/verkopers	Opdrachtnemer	Zorg voor goede aanbestedings-methodiek subopdrachtnemers.
62. Prestaties leveranciers/verkopers	Opdrachtnemer	Zorg voor goede aanbestedings-methodiek subopdrachtnemers.
63. Samen met werken van derden	Opdrachtgever	Onderscheid potentiële gevolgen tijdens de planning.
64. Stiptheid leidinggevers voor de uitvoering, projectenadministratie en coördinatie	Opdrachtgever	Schakel goed, gekwalificeerd personeel in.
65. Tijdige inspectie en toezicht	Opdrachtgever	Schakel gekwalificeerd personeel in.
66. Vakbondsactiviteiten, stakingen	Opdrachtnemer	
67. Nog niet beproefde ontwerpen	Opdrachtgever	Overweeg herziening van het ontwerp.
68. Onrealistische uitvoeringstermijn	Opdrachtgever	Gebruik rationele planning.
69. Onredelijke voorwaarden in contract	Opdrachtgever	Herzie het contract.
70. Wijzigingen in hoeveelheden	Opdrachtgever	Pas «VEQ Clause» toe ; vrij vertaald : pas § 35 e.v. UAV toe.
71. Garantieverplichtingen	Opdrachtnemer	Onderscheid alle eisen bij de calculatie.