

# VERSLAG WORKSHOPS EN PANELDISCUSSIE BIJEENKOMST 12 & 18 NOVEMBER

In dit verslag wordt weergegeven wat er naar voren is gebracht tijdens de workshops en de paneldiscussie van de bijeenkomst 'Verschoven aansprakelijkheid' op 12 & 18 november. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen de thema's van de workshop: 'innovatie' en 'garanties en teleurstellingen'. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen hetgeen is besproken tijdens de workshops en tijdens de paneldiscussie, omdat daar grote overlap tussen bestaat. Uit de workshops kwamen immers de onderwerpen en vragen die tijdens de paneldiscussie aan de orde werden gesteld.

## THEMA INNOVATIE

De workshop innovatie begon met de algemene vraag wat precies onder innovatie verstaan moet worden. Vervolgens is uitgebreid gesproken over belemmeringen voor innovatie en mogelijke oplossingen daarvoor. De opmerkingen die in deze tweede categorie vielen, volgden elkaar in snel tempo op en werden niet allemaal uitgediscussieerd. Daarom is ervoor gekozen deze opmerkingen bulletgewijs weer te geven onder een van de vier kopjes (juridisch, risico's, kosten en opbrengsten en overig).

## *WORKSHOP 12 NOVEMBER*

### *Wat is precies innovatie?*

Tijdens de workshop wordt de vraag wordt opgeworpen wat precies onder innovatie wordt verstaan. Is dat alleen innovatie voor de eindgebruiker of wordt daaronder ook uitvoeringsinnovatie (innovatieve methodes) en procesinnovatie (bijv. BIM) verstaan? Het antwoord is dat die laatste twee vormen van innovatie er bij horen en dat innovatie niet alleen ten behoeve van de eindgebruiker of de maatschappij hoeft te komen. De problemen rond innovatie zitten echter vooral bij innovatie voor de eindgebruiker. Uitvoeringscoördinatie leeft wel bij aannemers en de contracten laten er ook ruimte voor.

### *Juridische aspecten van innovatie*

- Het aanbestedingsrecht kan een belemmering vormen voor innovatie. De aanbesteder mag alleen één op één communiceren met een inschrijver als er sprake is van een 'gerechtvaardigd commercieel belang'. Over één-op-één communicatie ontstaat snel discussie met andere inschrijvers (zo bleek bij de dubbeldeks A2-tunnel bij Maastricht). Het verstrekken van vragen en antwoorden aan andere inschrijvers werkt echter innovatie weer niet in de hand.
- Gebondenheid aan regelgeving en aan vergunningen kan ook een belemmering vormen om te innoveren.
- De rechten op innovatieve oplossingen kunnen ook een belemmering vormen voor (verdere) toepassing van innovatieve oplossingen. Hoe zit het bijvoorbeeld met een

innovatieve oplossing in een inschrijving die niet gewonnen heeft. Kan die oplossing dan toch gebruikt worden door de winnaar? Het oude UAR verbood dit, maar ook nu liggen daar veel juridische problemen. Er is dan mogelijk een wezenlijke wijziging van de opdracht, een verandering van de aanbidding, cherry picking en er is het intellectuele eigendomsrecht van de verliezende inschrijver. Er zou in ieder geval onderhandeld moeten worden met de verliezende inschrijver, die voldoende gecompenseerd moeten worden met een bedrag hoger dan het aantal werkuren dat het innovatieve idee gekost heeft. Dat idee is immers niet bedacht met als doel die uren te kunnen declareren, maar ook om er op andere momenten voordeel mee te kunnen behalen. En het is niet mogelijk om de innovatieve oplossing op te leggen aan de winnaar.

- Zou meer aansprakelijkheid kunnen helpen? Aansprakelijkheid kan een prikkel zijn om betere producten te maken, maar kan ook remmend werken op innovatie.
- De nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijn kent een procedure van innovatief partnerschap. De invulling daarvan is nog niet duidelijk, maar die procedure kan wellicht helpen om innovaties uit de markt te halen.

#### *Risico's van innovatie*

- Risico's zijn inherent aan innovatie. Partijen zijn over het algemeen pas bereid om risico's te nemen, wanneer ze zodanige kennis van de materie hebben dat de risico's goed ingeschat kunnen worden. Het probleem bij innovatie is dat zodanige kennis er nog niet is en er dus terughoudendheid is om risico's te nemen.
- Acceptatie van risico's is nodig, zowel maatschappelijk als bij de opdrachtgever. De opdrachtgever moet dan ook kaders bieden voor innovaties in de contracten, niet alleen voor uitvoeringsinnovatie. In de ict-sector lukt dit blijkbaar al wel ook al gaan bij de ontwikkeling van ict-systemen redelijk vaak dingen mis. Kanttekening hierbij is dat de ict-sector andere verdienmodellen en andere risico's kent.
- Vanuit verzekeraars wordt er met verbijstering gekeken naar de bouwsector die heel ingewikkeld doet over het afwentelen van innovatieve risico's via verzekeringen. Andere sectoren doen dit veel beter. Zelfs gevolgschade is verzekeraar, alleen kent dat type schade het probleem dat wanneer het contractueel erkend wordt 'the sky the limit is'. Er liggen echter zeker mogelijkheden. Verzekeraars willen dan wel transparantie over de risico's en dat is nu nog vaak een probleem. Het aan tafel brengen van verzekeraars kan ertoe leiden dat er scherper over risico's gesproken wordt, zoals dat ook gebeurt wanneer banken aan tafel komen in DBFM-projecten. Kanttekening hierbij is dat de Staat als uitgangspunt heeft om zich niet te verzekeren, omdat dit op de lange termijn altijd duurder is.

#### *Kosten en opbrengsten van innovatie*

- Opdrachtgevers leggen veel transactiekosten bij opdrachtnemers, die daarvoor onvoldoende gecompenseerd worden. Aanbestedingsprocedures duren vaak lang en brengen veel kosten met zich mee, opdrachtnemers kunnen dan niet in allerlei procedures ook nog geld steken in innovatieve oplossingen.

- Innovatie moet op de een of andere manier beloond worden of te gelde gemaakt kunnen worden om het te stimuleren. Dat kan door betaling, maar ook via licenties of door een 'garantie' op een opdracht. Bij dit onderwerp werd het voorbeeld aangehaald van een concurrentiegericht dialogo waarin goede vragen en opmerkingen meetelden in de beoordeling.

### *Overig*

- Er wordt nog niet altijd voldoende functioneel gespecificeerd. Organisaties als Rijkswaterstaat hebben technische mensen in dienst die zelf een voorkeur hebben voor een bepaalde oplossing, hetgeen zich vertaalt in specificaties die heel gedetailleerd zijn. Een andere oorzaak voor gedetailleerde specificaties zijn de omgevingsrisico's, financiële risico's etc. Gedetailleerde specificaties hebben veelal nog gedetailleerdere aanbiedingen tot gevolg, waardoor er geen ruimte is voor innovaties.
- De terminologie waarmee partijen worden aangeduid drukt oude verhoudingen uit, die innovatie niet stimuleren. Waarom wordt niet gesproken van ondernemer in plaats van opdrachtnemer en van klant in plaats van opdrachtgever?
- Het testen van innovatieve oplossingen duurt vaak te lang, gaat niet zonder problemen en vereist betrokkenheid van teveel instanties zoals onderzoekscommissies.
- Innovatie zou gestimuleerd kunnen worden door mensen van buiten het bouwproject om advies te vragen. Dit kan gebeuren door personen uit een andere discipline (bijv. filosofen, psychologen, etc.) in te schakelen, maar bijvoorbeeld ook door, zoals in Maastricht bij de A2 is gebeurd, een publieke consultatie te doen en burgers om advies te vragen.
- Als de opdrachtgever meebetaalt aan innovatie, kun je dan niet zeggen dat kennis over innovatie naar buiten moet en met de markt moet worden gedeeld?
- Innovatie benoemen als gunningscriterium als er specifieke problemen zijn die om innovatie vragen. Indien die specifieke problemen er niet zijn, is er geen bezwaar tegen conventionele oplossingen.
- Het innovatiedeel buiten het contract houden. Dan kan de ontwikkeling van innovatieve oplossing uit aparte potjes betaald worden.
- De prijsvraag kan wellicht nog beter gebruikt worden om innovaties uit de markt te halen. Nu wordt het winnende ontwerp vaak niet in samenhang met de uitvoering beschouwd en sterven bepaalde oplossingen in schoonheid. Bovendien doen grote partijen vaak niet mee, omdat ze dan hun idee kwijt zijn. Hier doet zich hetzelfde probleem voor als bij unsolicited proposals.
- Het aangaan van allianties of van samenwerkingsvormen die overeenkomsten vertonen met allianties kan een mogelijke oplossing zijn. Dat biedt de mogelijkheid om het grijze gebied van risico's die niet duidelijk voor de opdrachtgever of de opdrachtnemer zijn (zoals bepaalde met innovatie samenhangende risico's) met gezamenlijke potjes af te dekken. In de praktijk worden echter steeds meer risico's verdeeld en uitgesplitst. Het vermoeden is dat allianties alleen tot innovatie leiden als dat ook het uitdrukkelijke doel van de alliantie is.

- Opdrachtgevers en opdrachtnemers zullen doelen moeten stellen en samen moeten werken om tot innovatie te komen.

### *WORKSHOP 18 NOVEMBER*

Tijdens de workshop en plenaire bespreking op 18 november kwam nog het volgende ter sprake.

#### *Duidelijkheid en kennis*

- Er wordt benadrukt dat duidelijkheid belangrijk is; er moet duidelijk worden wie verantwoordelijk is en welke randvoorwaarden er gelden. Hetzelfde geldt voor garanties overigens.
- De vraag of er veel onduidelijkheid wordt ervaren, wordt bevestigd. Als oorzaak wordt gegeven de kennisleegloop bij opdrachtgevers. Deze willen het spel meespelen, maar de inhoudelijke kennis is niet meer aanwezig. En dat is lastig voor adviseurs ('it takes two to tango').
- Het komt ook regelmatig voor dat men als het ware is vastgeroest, men staat (onbewust) niet meer open voor innovatieve oplossingen. Als voorbeeld wordt gegeven een oudere man die alleen kon denken, gezien zijn jarenlange ervaring, in beton. Hij moest functioneel specificeren (innovatief aanbesteden), maar liep vast omdat hij alleen deskundig was in beton. Het beoordelen van andere materialen was voor hem niet mogelijk. Dat betekent dat er bij de opdrachtgever ook een betere rolverdeling en wellicht opleiding moet zijn om te zorgen dat de juiste kennis op de juiste plaats aanwezig is. Voor innovatieve aanbestedingen geldt in algemene zin dat de competenties moeten aansluiten bij de rol.
- Genoemd wordt ketenintegratie. Door vroegtijdig met verschillende disciplines om de tafel te gaan zitten krijg je meerwaarde en is de kans op innovatieve, nieuwe ideeën/oplossingen groot. Als voorbeeld wordt gegeven Google, daar werken niet alleen ontwerpers maar ook filosofen, psychologen etc.

#### *Risicoverdeling en innovatie*

- Het is van belang tot een evenwichtige risicoverdeling te komen en een bedrag te reserveren daarvoor (een pot risico). Innovatieve oplossingen kunnen ook een risico vormen hetgeen een remmende factor voor innovatie kan betekenen. Waarom geen afzonderlijk potje innovatie? De vraag die daarbij meteen wordt opgeworpen is hoe dit geld dan wordt toegekend? Hoe zit dat dan in een aanbesteding? Genoemd wordt een best value coach, deze kan dergelijke risico's en kansen meewegen in een aanbesteding.
- Er wordt gewaarschuwd voor het juridisch dichttimmeren van het aanbestedingsproces, ook dat belemmert innovaties. Ook de kansen moeten heel nadrukkelijk worden benoemd. Als voorbeeld wordt genoemd het gebouw van het Internationaal Strafhof in Den Haag. In dat contract is heel expliciet een 'risico- en kansenregister' opgenomen.

## THEMA GARANTIES EN TELEURSTELLINGEN

### *WORKSHOP 12 NOVEMBER*

#### *Garanties*

Met betrekking tot garanties wordt de vraag opgeworpen wat de rechten en mogelijkheden van een opdrachtgever zijn wanneer bijvoorbeeld een garantie met een termijn van acht jaar is overeengekomen en zich na negen jaar gebreken voordoen. Het antwoord is dat er dan geen beroep op de garantie mogelijk is. Er is dan echter wel nog de mogelijkheid dat de opdrachtnemer op een andere grond dan de garantie aansprakelijk is. In het concrete voorbeeld zou, wanneer er sprake is van een ernstig gebrek<sup>1</sup>, de opdrachtnemer nog gedurende een termijn van tien jaar aansprakelijk zijn op grond van de UAV-GC.

#### *Verruiming aansprakelijkheid opdrachtnemer*

De gedachte achter het voorstel om de aansprakelijkheid van de aannemer te verruimen is tweeledig. Enerzijds wordt het niet redelijk geacht dat de aansprakelijkheid komt te liggen bij de opdrachtgever die een fout van de aannemer niet heeft opgemerkt, terwijl de primaire fout begaan is door de aannemer. Anderzijds leidt de huidige definitie van verborgen gebrek tot zeer veel discussies en rechtszaken, die kunnen worden voorkomen door een eenvoudiger definitie van het begrip verborgen gebrek: datgene wat niet op het proces-verbaal van oplevering staat.

Vanuit aannemerszijde wordt hier tegen ingebracht dat in de rechtspraak genuanceerd wordt omgegaan met verborgen gebreken, waarbij oog is voor de (on)deskundigheid van de opdrachtgever. Een aannemer kan zich dan ook niet onbepert op de zichtbaarheid van een gebrek beroepen. Voorts kan er discussie ontstaan over wat er in het proces-verbaal van oplevering komt en wordt dat proces-verbaal soms niet opgemaakt. Tot slot worden bepaalde zaken soms willens en wetens geaccepteerd door de opdrachtgever. Bij dat laatste kan dan weer de kanttekening worden gemaakt dat er in dat geval geen bezwaar tegen is om dat accepteren op het proces-verbaal te vermelden. Het is immers niet de bedoeling dat de aannemer aansprakelijk wordt voor schade die de opdrachtgever zelf veroorzaakt heeft door een bepaalde handelwijze te accepteren.

Er bestaat in ieder geval overeenstemming over de gedachte dat de bouwsector zich niet alleen moet richten op schade die ontstaat door verborgen gebreken, maar ook op de grotere schade die ontstaat door stagnatie, uitloop, verstoring van het bouwproces etc.

#### *Bewijslast*

Indien zich schade voordoet ten gevolge van gebreken, dient dat aangetoond te worden. In de UAV-GC ligt die bewijslast in beginsel bij de opdrachtgever, tenzij in de Basisovereenkomst (art.

---

<sup>1</sup> Een ernstig gebrek in de zin van par. 28 lid 2 sub b UAV-GC: een gebrek waardoor 'het Werk hetzij geheel of gedeeltelijk dreigt in te storten hetzij het Werk ongeschikt is geraakt of ongeschikt dreigt te geraken voor de bestemming waarvoor het blijkens de Overeenkomst bedoeld is en dit slechts kan worden verholpen of kan worden voorkomen door het treffen van buitengewone en zeer kostbare voorzieningen'.

13) is vastgelegd dat de opdrachtnemer dient te bewijzen dat die gebreken niet te wijten zijn aan zijn schuld etc.

#### *Functioneel specificeren*

Het geïntegreerd contracteren en de daarmee samenhangende methode van meer functioneel specificeren (oplossingsruimte voor de ON) stelt andere eisen aan een contract maar ook aan de controles of aan de gestelde eisen is voldaan. Vraagt functioneel specificeren om kwaliteitscontrole op functioneel niveau?

#### *Communicatie en samenwerking*

Het contract en de juridische voorwaarden daaromheen kunnen veel regelen. Maar om tot een goed projectresultaat te komen is met name communicatie tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer belangrijk, zeg maar het *samenwerken* en de wil om samen een goed project neer te zetten.

Deze communicatie begint reeds in de aanbestedingsfase en komt er samengevat op neer dat de opdrachtnemer heldere vragen dient te stellen en de opdrachtgever daarop duidelijk antwoord dient te geven. Daarbij kan gebruik gemaakt worden van de mogelijkheid tot individuele inlichtingen.

Voorts is in dit kader opgemerkt dat er in bepaalde gevallen afstemming van eisen nodig is. Welke eisen stelt de opdrachtgever en in hoeverre kan daar vanuit de markt een passende aanbieding op worden gedaan? Soms zit er een discrepantie tussen wat de opdrachtgever vraagt en wat de aannemer kan bieden. Bijv. de opdrachtgever vraagt een garantie van 12 jaar op een geluid reducerende deklaag, terwijl de aannemer weet (vanuit ervaring/productkennis) dat een dergelijke garantie niet te geven is en dat hij maximaal 8 jaar garantie kan bieden.

#### *WORKSHOP 18 NOVEMBER*

##### *Realistische garanties/garantie-eisen*

Tijdens deze workshop lag de nadruk in de discussie op het geven van realistische garantie-eisen. Te vaak komt het in de praktijk voor dat er niet goed wordt nagedacht over een te stellen garantie-eis of het geven van een garantie. Door kennis te delen over de levenscyclus van objecten (met een Long-Term Pavement Performance programma, afgekort LTPP-programma) kunnen er betere en meer realistische garanties worden gesteld. In Nederland kennen we dat niet en dat is een gemis, in aanbestedingen maar ook meer specifiek bij het stellen van realistische garantie-eisen. Er is geen collectief geheugen wat betreft kennis waardoor ook innovatie te weinig van de grond komt.

Het volgende voorbeeld kwam meermalen naar voren met betrekking tot garanties: geluidsarm asfalt. Opdrachtgever vraagt van een aannemer een garantie-eis dat het geluidsarm asfalt 12 jaar voldoet aan de specifieke eigenschap van geluidvermindering (uitgedrukt in dB). Duidelijk is voor de aannemers/inschrijvers dat het asfalt (in de casus ZOAB) een levensduur heeft van 12 jaar of korter en dat de mate van geluidsreductie afneemt. Het stellen van een garantie van 12

jaar is in dit geval dan ook onrealistisch. Dat dergelijke garantie-eisen toch worden gesteld kan te maken hebben met het feit dat opdrachtgevers niet over de kennis beschikken die aannemers wel hebben met betrekking tot verschillende soorten asfalt, levensduur ervan en de geluidsreductie. Dit pleit wederom voor het opzetten van een systeem als LTPP.

Als er een garantie-eis is opgenomen bij de opdracht en er is sprake van een aanbesteding, waar kan dan de garantie-eis ter discussie worden gesteld? Daarvoor zijn er de algemene inlichtingen. Tijdens de inlichtingen kan een onrealistische garantie-eis ter discussie worden gesteld. Maar hoe gaat dat dan in een openbare aanbesteding? Inschrijvers zullen ook inschrijven als er een onrealistische garantie-eis wordt gesteld. Anderen schrijven immers ook in. Tijdens de discussies wordt duidelijk dat dit toch niet verstandig is, aan een dergelijke garantie zit je vast. In uitzonderlijke gevallen zal dat niet zo zijn. Ook hier weer een voorbeeld: ZOAB-asfalt. Er wordt een garantie gesteld van 20 jaar voor een asfaltverharding. De levensverwachting daarvan is echter 12 jaar. Een realistische garantie is dan 7 jaar.

#### *Uitsluitingen in garantievoorwaarden en de meerwaarde van garanties*

De vraag wordt opgeworpen waarom er überhaupt garanties worden gesteld als er vervolgens zoveel uitsluitingen worden opgenomen in de voorwaarden dat er nog amper sprake is van een garantie. De UAV bevat toch de omgekeerde bewijslast regeling. Waarom een garantieregeling erbij die toch niet houdbaar blijkt te zijn in de praktijk? Wellicht is de garantie een prikkel voor de markt beter te presteren? Maar dan zal wel eerst helder moeten zijn welke voorwaarden er exact gelden bij de garantie.

#### *Garantie en aanbesteden*

Wanneer dient een onrealistische garantie in de aanbesteding ter discussie worden gesteld? Genoemd wordt de inlichtingenbijeenkomst. Maar elke aannemer zal toch willen inschrijven, ondanks de onrealistische garantie. Gewezen wordt op het gevaar, de aannemer zal na ondertekenen van de overeenkomst (met de garantie) daaraan gehouden worden. In uitzonderlijke gevallen zal dat niet het geval zijn. Met de garantie neemt de aannemer ook de aansprakelijkheid omtrent verborgen gebreken op zich (wederom afhankelijk van de voorwaarden die worden gesteld bij de garantie).

Geef de markt een level playing field. Voorbeeld is de werkwijze van RWS. Men overlegt met de aannemer, leggen eerst het standaardcontract voor zodat de markt daarop kan reageren, en daarmee ook op de onrealistische garantie. Deze wordt zo niet eenzijdig door de opdrachtgever opgelegd.

Hoe kunnen de inlichtingen beter worden ingevuld zodat risico's en garantie daadwerkelijk aan de orde kunnen komen? De opdrachtgever moet er in ieder geval voor zorgen dat alle algemene info ter beschikking wordt gesteld. Geopperd wordt om in complexe gevallen eerst een markconsultatie te houden. Naar mate een opdrachtgever minder deskundig is, krijgt men tijdens de inlichtingenbijeenkomst ook minder helderheid over de risico's. Discussies tijdens de uitvoering over meer- en minderwerk zijn dan bijna onvermijdelijk.

Kennis bij de opdrachtgever (deskundige opdrachtgever) is ook hier van groot belang. Door betere informatie over de levenscyclus van objecten waarover ook opdrachtgevers beschikken, creëer je ook een level playing field. De kans dat aannemers/inschrijvers zonder te waarschuwen een onrealistische garantie accepteren wordt aanmerkelijk kleiner. De opdrachtgever zal immers met de juiste kennis in huis een realistische garantie kunnen stellen.

#### *Garantie als prikkel voor de markt*

De vraag wordt opgeworpen waarom er überhaupt garanties zouden moeten worden gevraagd. Wat is de toegevoegde waarde? Als aannemer doe je (deels) afstand van de verborgen gebrekenregeling. Het voordeel is de eenvoud, de aannemer dient te bewijzen. Maar dan moet de garantie wel goed zijn vormgegeven met duidelijke voorwaarden. Een voorbeeld van een goedwerkende garantieregeling is GIW-garantie.

Wat zijn de juiste prikkels voor de markt om kwaliteit te leveren? Belangrijk is dat men over het project heen kijkt. Dat kan bijvoorbeeld worden bereikt met een goede past performance regeling.

Er wordt nog gewezen op de kleine opdrachten die onder de drempel worden aanbesteed door bijvoorbeeld gemeenten. Gemeenten passen dan vaak eigen inkoop/aanbestedingsbeleid toe. Met een partij die innovatief werkt, goed werk levert, kan veel eenvoudiger opnieuw een contract worden gesloten. Past performance is een belangrijke graadmeter bij dit soort onderhandse aanbestedingen.