



Delft University of Technology

De zaak van de smeltende dinosaurus

Chao-Duivis, Monika

Publication date

2019

Document Version

Final published version

Citation (APA)

Chao-Duivis, M. (2019). *De zaak van de smeltende dinosaurus*. Delft University of Technology.

Important note

To cite this publication, please use the final published version (if applicable).
Please check the document version above.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download, forward or distribute the text or part of it, without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license such as Creative Commons.

Takedown policy

Please contact us and provide details if you believe this document breaches copyrights.
We will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Prof.mr.dr. M.A.B. Chao-Duivis

'De zaak van de smeltende dinosaurius'



'De zaak van de smeltende dinosaurus'

Uitgesproken op 25-10-2019
ter gelegenheid van de afscheidsrede voor het ambt van
hoogleraar Bouwrecht bij de faculteit Bouwkunde

door

Prof.mr.dr. M.A.B. Chao-Duivis

*Mijnheer de Rector Magnificus, leden van het College van Bestuur,
Collegaehoogleraren en andere leden van de universitaire gemeenschap,
zeer gewaardeerde toehoorders, dames en heren,*

1. Inleiding

Het ontwerpen en het realiseren van ontwerpen gaat vaak gepaard met grote onzekerheden, omdat de bouwplaats, om het zo te zeggen, niet goed te kennen is. Dit betekent voor de opdrachtnemer, die een ontwerp en uitvoeringsopdracht krijgt (een geïntegreerde opdracht), dat het bepalen van de prijs voor die werkzaamheden ook omgeven is met moeilijkheden. In de woorden van de Amsterdamse advocaat Rob Bleeker: de moeilijkste opgave voor inschrijvers op een geïntegreerd contract is om een prijs te bepalen terwijl het grootste deel van het ontwerpwerk nog verricht moet worden.¹ Naast het model van de geïntegreerde opdracht kennen we het zogenaamde traditionele model. Daarbij laat de opdrachtgever eerst een ontwerp maken en wanneer dat klaar is, zoekt hij daar een aannemer bij. Tussen deze twee modellen zit het bouwteam model. Bij dat model wordt ook eerst ontworpen door een ontwerper en wordt de uitvoering daarna opgedragen aan een andere partij, de aannemer. Deze neemt op enigerlei moment in de ontwerpfase deel aan dat ontwerp en brengt zijn uitvoerings- en kostendeskundigheid in. Tot slot noem ik nog het alliantiemodel. Opdrachtgever en opdrachtnemer werken in een gezamenlijke onderneming, waarbij het de bedoeling is dat ongewenst gedrag dat voorkomt uit een hiërarchische relatie van opdrachtgever en opdrachtnemer vermeden kan worden. Het grote verschil tussen al deze modellen is dat bij het geïntegreerde model hoort dat de opdrachtgever weinig bemoeienis heeft met de werkzaamheden terwijl hij dat bij de andere modellen wel heeft. De opdrachtnemer doet het werk in beginsel, gechargeerd uitgedrukt, zonder de medewerking van de opdrachtgever.

Over dat geïntegreerde model wil ik het hebben vanmiddag. Dit model is in de beginperiode dat ik in de bouwwereld werkzaam ben geweest, zowel als hoogleraar aan de TU als directeur van het Instituut voor Bouwrecht, juridisch vorm gegeven en heeft in de praktijk een hoge vlucht heeft genomen. Dat was in de bouwwereld een grote omwenteling. Op dit moment zijn we weer getuige van een grote omwenteling: het verlaten van dit model door de grootste opdrachtgever in Nederland, Rijkswaterstaat. Een stap die n.m.m. navolging zal hebben en rechtvaardigt dat het rapport voor deze rede de rode draad is, omdat voor het hele bouwcontractenrecht hier te leren is.

Sinds het verschijnen van de UAV-GC in 2000 heb ik steeds gedacht, dat al de genoemde modellen neutraal zijn. Als de opdrachtgever volgens een goed afwegingskader gekozen heeft voor het model dat uit de bus komt als passend bij zijn projectwensen, komt dat project tot een goed einde, althans staat de model keuze daaraan niet in de weg. Voorwaarde daarbij is wel, dat partijen zich houden aan dat model en de opdrachtgever ook accepteert dat het ontwerp- en bouwproces en het gerealiseerde gebouw in het ene model er anders uit kan zien of anders kan functioneren dan in het andere model.

Het einde van een project, voor de eenvoud zie ik dat maar even als de oplevering van het gerealiseerde gebouw, wordt altijd wel bereikt en de modellen zijn daarbij geen sta in de weg. Wie moeite heeft zich aan gedrag te conformeren, dat hoort bij model X, heeft kennelijk voor het verkeerde model gekozen.

Ik denk nu dat die opvatting, waar het gaat over het geïntegreerde model te simplistisch is.

Er is meer dan 20 jaar ervaring met het model en er is veel onderzocht. Die ervaringen en studies hebben bij mij de opvatting doen postvatten, dat het geïntegreerde model als zodanig kenmerken heeft, die maken dat van partijen gedrag wordt verlangd, dat zij heel vaak niet *willen* vertonen en dat ook niet bevorderlijk is voor een project. Men probeert in de praktijk dat verlangde gedrag dan toch maar te vertonen, maar dat gaat gepaard met het gevoel dat de eigen aard geweld wordt aangedaan.²

Opdrachtgevers *willen* bemoeienis met het werk hebben: over hoe het werk er uit gaat zien en hoe functies van een bouwwerk worden gerealiseerd. Zij willen zelf kunnen zien hoe er gewerkt wordt en zij willen dat op allerlei momenten doen, ook wanneer die niet van tevoren zijn gepland.

Opdrachtnemers *willen* overleggen met opdrachtgevers en blijken - vaker dan verwacht werd bij het uitdenken van het geïntegreerde model - behoefte te hebben aan wijzigingen van het werk en overleg daarover.

Partijen vallen dan ook voortdurend uit hun rol. Is dat gemakzucht, omdat men aan een nieuw model niet wil wennen? Is het opportunisme om op die manier stiekem verantwoordelijkheden te verschuiven? Na meer dan bijna 20 jaar blijven deze ervaringen de kop opsteken en zijn dit soort verklaringen te kort door de bocht.

Maar er is meer aan de hand met het geïntegreerde model.

Om bij het gedrag te blijven.

Veel studies laten zien, dat de samenwerking van partijen onder geïntegreerde contracten in vergelijking tot andere contractmodellen ongunstig afsteekt. Dit

heeft vooral te maken met de voortdurende vraag die partijen zich stellen: hoort dit of dat wel bij mijn taak, is dit niet de taak van de ander?

We hebben het hier over de scope van het werk, die maar al te vaak niet goed geformuleerd blijkt te zijn mede ingegeven door het vroege moment van contracteren. En dat brengt mij bij, bij het probleem dat een prijs moet worden opgegeven voor ontwerp en uitvoering op een moment dat er nog te veel onbekend is om dat verantwoord te doen.

In mei jl. is door Rijkswaterstaat (RWS), de grootste opdrachtgever in Nederland, in het rapport 'De Toekomstige Opgave' een koerswijziging afgekondigd, inhoudende dat van het geïntegreerde model overgestapt wordt op het twee-fasen-proces, de alliantiefiguur serieus in overweging wordt genomen en dat indien het geïntegreerde model wordt gebruikt de prijs later bepaald wordt. Deze koerswijziging is mij uit het hart gegrepen.³

'In zijn noot bij RvA 30 december 2014, nr. 71.932, TBR 2015/66. Zie ook van zijn hand: 'Einde integrale contracten of verrekening van grote tegenvallers', Cobouw 20 december 2018, <https://www.cobouw.nl/bouwbreed/artikel/2018/12/einde-integrale-contracten-of-verrekening-van-grote-tegenvallers-101268203> (laatstelijk geraadpleegd 7 september 2019).

²Ik hoop dat de nuance die ik aanbreng in mijn opvatting door te spreken van 'vaak' niet over het hoofd gezien wordt.

³Toekomstige Opgave Rijkswaterstaat: Perspectief op de uitdagingen en verbetermogelijkheden in de GWW-sector, mei 2019 (hierna: De Toekomstige Opgave); in de wandelgangen ook wel het McKinsey rapport genoemd, omdat adviesbureau McKinsey bij het opstellen betrokken is geweest. Te downloaden van: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/06/11/toekomstige-opgave-rijkswaterstaat>; laatstelijk geraadpleegd op 11 september 2019.

2. De redenen, die ten grondslag lagen aan de ontwikkeling van het geïntegreerde model

De literatuur

In het boek Veranderende rollen werden in 2001 de volgende redenen genoemd:

- de doorlooptijd van het traditionele bouwproces is lang
- de kennis van de aannemer op ontwerpgebied blijft onbenut
- opdrachtgevers willen hun betrokkenheid bij het bouwproces verminderen.

Deze redenen kwamen eerder uitgebreid aan de orde in het boek De ontwerpen-de bouwer gepubliceerd n.r.v. het grote Tilburgse congres in 1996 over de ontwerpende bouwer. In die publicatie worden als voordelen van het model genoemd:

- de integratie van de ontwerp- en de uitvoeringsfunctie biedt gelegenheid voor een wederzijdse positieve beïnvloeding van expertise die binnen beide functies bestaat
- op basis daarvan kan reeds in een vroeg stadium met oplossingen worden geanticipeerd op problemen die zich zouden kunnen voordoen gedurende het verdere verloop van het bouwproces
- de totale tijdsduur die het bouwproces in beslag zal nemen door het gebruik van moderne bouwcontractvormen wordt bekort
- de moderne bouwcontractvormen zijn ook voor bouwers aantrekkelijk, zij over ruimere mogelijkheden tot het positief beïnvloeden van hun kansen op het in de wacht slepen van opdrachten. Immers, doordat ook voor de te leveren ontwerpbijdragen een prijs moet worden neergelegd, zijn hun prijsaanbiedingen van aanmerkelijk meer variabelen afhankelijk dan in het klassieke model het geval zal zijn.⁴

De Rijksoverheid liet zich ook uit over geïntegreerde contracten en wel m.b.t. de meest vergaande vorm ervan, die waarbij ook de financiering werd uitbesteed. Hier werden ook positieve aspecten aan gezien: gesproken wordt van efficiëntiewinst en meerwaarde.⁵

De redenen genoemd in de Toekomstige Opgave

In het genoemde rapport van RWS wordt opgemerkt, dat het verlaten van het traditionele opdrachtgeverschap mede is gedreven 'door de uitkomsten en aanbevelingen uit de Parlementaire Enquête Bouwnijverheid'.⁶ De verwijzing verbaasde mij. Want wat er over samenwerken in het rapport van de PEC gezegd werd, kan niet ten grondslag hebben gelegen aan de keuze voor het geïntegreerde model.

Er werd over contracteren niet veel gezegd in dat rapport en wat er gezegd werd, wees niet in de richting van een contractmodel waarbij de opdrachtgever op afstand kwam te staan.

Ik citeer:

'Bouwen is immers teamwerk waar de verschillende disciplines op elkaar zijn aangewezen. Dat geldt ook in de relatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. *Samen bouwen en samen onzekerheden opvangen en ten goede wenden, ieder vanuit de eigen verantwoordelijkheid: dat is de opgave van het bouwen.* (cursivering van mij.) Vertrouwen is een vanzelfsprekend besef van normen en waarden en gaat samen met wederzijds respect..'⁷

Voorts:

'de overheid als opdrachtgever (.....) dient in haar contractvorming te streven naar evenwichtige toedeling van risico's (mee- en tegenvallers)'.⁸

En een van de aanbevelingen luidde:

'12. Risico's bij een aan te besteden werk moeten daar gelegd worden waar zij het best kunnen worden beheerst of gemitigeerd. In dat licht moet terughoudendheid worden betracht bij het toedelen van risico's aan de opdrachtnemer. De ervaring leert dat als te gemakkelijk de risico's bij de opdrachtnemer worden gelegd, dit de prijs disproportioneel verhoogt.'⁹

Wel nu: dit lijkt niet te zijn opgevolgd door RWS in de jaren na 2003. In 'De Toekomstige Opgave' wordt immers vastgesteld, dat er te veel risico's aan de markt zijn toebedeeld. Voorts wordt gesproken van een 'inherent onzekerheid over de risico's' ten tijde van het vaststellen van de inschrijfsom en planning, hetgeen impliciet betekent, dat er te vroeg in het proces risico's richting de markt zijn verschoven.¹⁰

Enthousiasme in het bouwbedrijfsleven?

De bereidheid van de markt om een grotere rol te spelen in het gehele bouwproces was in de jaren voorafgaand aan de totstandkoming van de UAV-GC 2005 algemeen waarneembaar.¹¹ Maar hoe diep zat dat enthousiasme?¹² De sprekers van aannemerszijde bij het Tilburgs congres laten zien, dat zij op hun hoede zijn. Weliswaar merkte aannemer Waasdorp, op dat volgens dit model de aannemer op de meest efficiënte wijze – ook voor wat betreft de prijs-/kwaliteitverhouding – op basis van het programma van eisen het eindproduct tot stand zou brengen, er werd toch vooral te hoop gelopen tegen de risico's en onzekerheden rond projecten waarop dit model juist niet toegepast zou moeten worden.¹³ Ik kom hier nog op terug.

Afrondend

Wanneer al de redenen en verwachtingen onder elkaar gezet worden, bekruipt mij het gevoel dat er wel heel veel van de vernieuwingen verwacht werd. Veel verwachtingen zijn niet uitgekomen. Het is achteraf pratend, maar het lijkt er op dat het enthousiasme voor het nieuwe model het tegengeluid overtroffen heeft. Was dit enthousiasme wel voldoende doordacht? Anderzijds: hoe erg is het dat dat mogelijk niet het geval was?

Het ging om een nieuw model, dat de kans heeft moeten krijgen en daar hoort het betalen van leergeld bij. Wel denk ik dat de les moet zijn, dat een geïntegreerde discussie tussen juristen, deskundigen op het gebied van bouwmanagement en techniek bij nieuwe contractmodellen en/of aanpassingen van sets van algemene voorwaarden geboden is.

⁴De ontwerpende bouwer. Over turnkey- en design & build- contracteren, (red.) M.A.M.C. van den Berg, C.E.C. Jansen, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996 (hierna: De ontwerpende bouwer), p. 5/6.

⁵Kenniscentrum PPS, Ministerie van Financiën, Eindrapport Meer Waarde door Samen Werken, Den Haag 1998, p. 2. Wat precies met meerwaarde wordt bedoeld, is niet duidelijk. Zie ook: <<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/publiek-private-samenwerking-pps-bij-het-rijk/pps-contractvormen/contractvorm-dbfmo/waarom-dbfmo>> (laatstelijk geraadpleegd 1 september 2019).

⁶Zie p. 11 van de Toekomstige Opgave.

⁷Eindrapport, nrs. 5-6, p. 295.

⁸Eindrapport, nrs. 5-6, p. 295.

⁹Eindrapport nrs. 5-6, p. 301.

¹⁰Rapport 'De toekomstige opgave', p. 25.

¹¹Dit wordt bevestigd door H. Moll, Van Macht naar Kracht; hoe kan het beter in de civiele infrabouw, 2019, p. 21/22.

¹²De ontwerpende bouwer, zie daartoe de bijdrage van K. Waasdorp.

¹³De ontwerpende bouwer, p. 161; Waasdorp was de toenmalige directeur juridische zaken van de Koninklijke BAM Groep.

3. Het pijnpunt dat er van het begin af was en dat maar niet weg ging: de af te geven prijs in combinatie met de onbekendheden

Er zitten verschillende pijnpunten in het geïntegreerde model, die door de juridische vormgeving niet zijn opgelost en soms zijn verergerd:

- het afgeven van een prijs op een te vroeg moment
- de scope en afbakening van de werkzaamheden
- de taakverdeling en de onderlinge verhoudingen
- de volgtijdelijkheid van werkzaamheden

Alleen het eerste pijnpunt bespreek ik vandaag. Het probleem van de prijs heeft alles te maken met onbekendheden en dat probleem heeft weer alles te maken met de achilleshiel van de UAV-GC 2005, zo wordt wel gezegd, de informatieproblematiek.¹⁴ Vanaf het begin van het verschijnen van het geïntegreerde model is hierover gesproken en dit pijnpunt is niet verdwenen.

Henk Janssen, destijds directeur stafafdeling juridische zaken Koninklijke Volker Stevin schrijft in het boek *De Ontwerpde Bouwer*:

'Een klein tot middelgroot gebouw (.....) zal voor de gemiddelde ontwerpende aannemer geen onoverkomelijke problemen opleveren (.....). Dit is anders bij een groot gecompliceerd waterbouwkundig of infrastructureel werk (vaak een pilot project) of een uitzonderlijk kantoorgebouw, aangezien bij de materialisering van dergelijke werken de grenzen van de huidige kennis van de techniek zowel in ontwerp- als in de uitvoeringsfase worden geraakt of overschreden. Dan is niet alleen het risico dat er fouten worden gemaakt groter, maar ook de kans dat fouten tijdig door anderen worden ontdekt kleiner. Bovendien kunnen zowel de schade als gevolg van deze fouten, als de kosten om deze fouten later te herstellen, de financiële draagkracht van de ontwerpende bouwer te boven gaan. Bij dit soort projecten is (zijn) bovendien de opdrachtgever en/of de door hem ingeschakelde adviseur(s) meestal niet minder deskundig dan de aannemer.'¹⁵

Janssen betoogt niet dat het geïntegreerde model geen ingang zou moeten vinden. Wel dat de aansprakelijkheidsverdeling een andere zou moeten zijn dan voorgesteld door de initiatiefnemers van het boek.¹⁶ Ik zie deze benadering als een typisch juridische. Er wordt een feitelijk probleem geschetst: het kennistekort op het vroege moment van contracteren; daar wordt geen oplossing voor gegeven, doch een juridische reactie voor het geval het probleem zich voordoet. In 1995 wees Lieuwe de Boer¹⁷ op de volgende eisen waaraan voldaan moet zijn om met dit model te werken:

1. Het ontwerp van de aannemer biedt voordelen boven dat van de opdrachtgever.
2. Naarmate meer sturing door de opdrachtgever is vereist, mede doordat minder informatie beschikbaar is, ligt de keus voor dit contracttype minder voor de hand.
3. Een vaste prijs afspreken voor het werk vereist dat de opdrachtgever 'weet wat hij wil', dat niet met wezenlijke wijzigingen hoeft te worden gerekend, dat het werk voldoende gangbaar is en de aannemer er ervaring mee heeft.
4. Risico's moeten worden gelegd waar ze het best kunnen worden beheerst; zij moeten bij de aanbesteding door de aannemer voldoende te beoordelen en te begroten zijn en gedragen kunnen worden dan wel afgedekt.'^{18/19}

De Boer is ook gekomen met oplossingen. Daarbij schuwde hij niet om terug te grijpen op grote privaatrechtelijke begrippen. Hij wijst op de rechtstheorieën van de 'Äquivalenzstörung', de 'Geschäftsgrundlage' en de leer van het 'iustum pretium' en 'van de overspanning van het economisch synallagma'.^{20/21}

Het idee achter deze theorieën is dat prestaties bij een wederkerige, obligatoire overeenkomst een zekere gelijkwaardigheid ten opzichte van elkaar moeten hebben. Indien door een omstandigheid, die niet aan een van partijen is toe te rekenen, die niet in de overeenkomst is verdisconteerd en die naar aard en omvang het normale risico van een partij te boven gaat, het economisch evenwicht ernstig wordt verstoord, moet de overeenkomst worden aangepast. Een nieuw evenwicht moet dan bereikt worden.²² Het idee doet denken aan de kernachtige uitdrukking afkomstig uit de literatuur over het privaatrecht in het algemeen: wederkerigheid is de moeder van het privaatrecht.²³

In de aanloop naar het concreter maken van zijn voorstel hoe met de prijsbepaling bij geïntegreerde contracten om te gaan, haakt De Boer aan bij de gedachte van de 'gevangengemeenschap', van Jan van Dunné.^{24/25} Het gaat er De Boer om, dat het in enigerlei samenwerking realiseren van een eenmalig en uniek werk met buitengewone risico's een soort van gevangengemeenschap is. Gegeven dat het de opdrachtgever is die het werk 'ondernemt', past het om risico's, die boven het normale ondernemersrisico uitgaan of niet aan de aannemer zijn toe te rekenen, bij de opdrachtgever te leggen. Het gaat hierbij om risico's die bij het aangaan van de overeenkomst niet zijn meegenomen, niet zijn verdisconteerd in de overeenkomst. Calculatiefouten vallen hier buiten; dit is geen 'inhaalmanoeuvre' om deze goed te maken.^{26/27}

Praktisch stelt hij voor om te komen tot een risico-stelpost ter zake van kosten

verband houdende met risico's die bij aanvang van een project of een bepaalde fase redelijkerwijs door een ervaren en zorgvuldig aannemer niet konden worden begroot doordat die risico's op dat moment nog onvoldoende of niet bepaalbaar waren.

Essentieel is, dat er een mechanisme is om het doel van de opdrachtgever bij te stellen al dan niet op voorstel van de aannemer. Daardoor worden partijen, aldus nog steeds De Boer, in staat gesteld beter te zoeken naar een economisch evenwicht tussen prijs en prestatie.²⁸ Tot zover De Boer.

Van juridische zijde is voorts gewaarschuwd door Bob van den Berg, destijds bedrijfsjurist bij NS Railinfrabeheer, in het preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht in 1997. Zijn betoog komt er op neer, dat als er nog veel onbekend is over hoe een project te ontwerpen en te realiseren, het kan nog alle kanten op met het project, het geïntegreerde model niet de voor de hand liggende keus is.²⁹

Tot slot wijs ik op mijn Delftse collega De Ridder, die in 1994 in zijn dissertatie verdedigde en het volgende stelde: het doel van de opdrachtgever is bij aanvang van D&C nauwelijks te definiëren, omdat de perceptie van een probleem verschilt van het werkelijke probleem en de oplossing voor het probleem hoogstens in ruwe conceptvorm bekend is. De geëiste prestatie van de conceptoplossing aan het eind van D&C is daardoor niet voldoende voor de effectieve oplossing die aan het eind van D&C nodig blijkt. Voor een optimaal D&C-proces is het noodzakelijk dat de risico's door die partij worden gedragen die deze het best kan inschatten en ook kan beheersen. Aldus neemt de opdrachtgever de perceptierisico's voor zijn rekening, die hij kan beheersen met doelaanpassingen en neemt de aannemer de procesrisico's voor zijn rekening, die hij kan beheersen met de produktiviteit van zijn D&C-proces.³⁰

Na de totstandkoming van de UAV-GC 2000 is het zoeken naar oplossingen niet gestopt. De prijssystematiek kreeg daarbij aandacht en de informatieregeling werd in toenemende mate voorwerp van kritiek. In 2000 schreef Joop Janssen er over en in 2001 boog ook Chris Jansen zich er over. En tot slot verscheen in 2016 het boek van UAV-GC 2005 dat als ondertitel mee kreeg: Over problemen bij het werken met geïntegreerde contracten van Bleeker, Herber en Van der Zijpp.³¹

Ik rond af.

De oplossingen voor het prijsprobleem wijzen op enigerlei wijze allemaal in de richting van het uitstellen van de prijsvorming tot na het bekend worden zijn van de (belangrijkste) risico's; dus tot na het totstandkomen van het ontwerp (of althans het grootste deel daarvan). Prijsvorming op die manier betekent een knip

in het geïntegreerde model op een andere manier dan de knip betreffende de aansprakelijkheid, die in de vorige eeuw zo ter discussie stond.³² Het lijkt niet mij niet uitgesloten dat in een systeem van uitgestelde prijsvorming voor de uitvoering opdrachtgevers zich goed zullen realiseren dat de prijs mede beïnvloed wordt door de ontwerpwerkzaamheden. Is een logische stap daarop niet dat zij geneigd zullen zijn meer bemoeienis daarmee te gaan hebben? Een dynamische prijsberekening kan zo bezien meer tweeweg brengen, dan alleen een wijziging van de prijssystematiek. Een denaturering van het geïntegreerde model ligt er mee op de loer, meer nog dan met de knip in de aansprakelijkheid.

¹⁴G.J. Huith en M.R. van Rijckevorsel, 'Informatieverstrekking, de achilleshiel van de UAV-GC 2005', *TBR* 2016/52.

¹⁵Janssen in *De ontwerpende bouwer*, p. 167/168.

¹⁶Op p. 169 verwijst Janssen naar de 'gevangengemeenschap', ten einde een redelijke en billijke verdeling van de aansprakelijkheid tussen opdrachtgever en opdrachtnemer te bereiken. Hij verwijst daartoe naar de L. de Boer.

¹⁷Destijds advocaat bij Nauta Dutilh.

¹⁸L. de Boer, 'Kanttekeningen bij het gebruik van Design&Construct bij grote en complexe werken', *BR* 1995, p. 636 e.v.

¹⁹De opsomming is een samenvatting van hetgeen door De Boer wordt betoogd op p. 636 en 637 van het in de vorige noot genoemde artikel. Het artikel is geschreven in het kader van een studiedag van de Vereniging voor Bouwrecht gewijd aan de Stormvloedkering Nieuwe Waterweg. De conclusie van De Boer was, dat het D&C contract i.c. niet geëigend was; p. 638.

²⁰De Boer, a.w., 1995, p. 640. Zie ook de bijdrage van De Boer aan *De ontwerpende bouwer*, p. 197 e.v.

²¹Met synallagma wordt wederkerigheid bedoeld.

²²De Boer, a.w., 1995, p. 641.

²³Zie noot 381 bij hoofdstuk 3 van mijn in 1996 in Tilburg verdedigde dissertatie, *Dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst: Een onderzoek naar de eigenlijke en oneigenlijke dwaling*, Deventer: Kluwer 1996. Met dit citaat zeg ik niet, dat de prestaties bij een overeenkomst over en weer elkaars gelijke moeten zijn. Maar er mag wel van uitgegaan worden dat er economisch rationeel gehandeld wordt. Dat betekent in het algemeen dat er niet te veel of te weinig wordt betaald voor een prestatie. Is dat wel het geval, dan is het civiele recht op zijn hoede, omdat er mogelijk iets mis is met de wil die ten grondslag aan de overeenkomst ligt. De geïnteresseerde lezer verwijs ik naar mijn dissertatie.

²⁴Zie voor J.M. van Dunné: 'Het beginsel van slachtofferbescherming: zo oud als de weg naar Kralingen', *BW-krant Jaarboek* 1993, Deventer: Kluwer 1993, p. 178; te downloaden van <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/36826/184.pdf?sequence=1>> (laatstelijk gedownload op 13 juli 2019).

²⁵Henk Janssen knoopt in zijn bijdrage aan *De ontwerpende bouwer* ook aan bij dit concept, p. 169.

²⁶De Boer, a.w., 1995, p. 641.

²⁷Terzijde: ik vind dat te kort door de bocht en zou willen weten in een concreet geval: waardoor is die calculatiefout veroorzaakt. En de principiële vraag die ik zou willen stellen is: is er een rechtvaardiging voor het aan de opdrachtgever toevallen van dit voordeel? Zie mijn noot bij *RvA* 6 januari 2006, nr. 70.977, *ECLI:NL:XX:2006:AV8614*, *BR* 2006/81.

²⁸In zijn bijdrage aan *De ontwerpende bouwer*, p. 216 e.v., spreekt hij van een 'veranderlijke, dynamische risicotoeedeling'.

²⁹Zie Preadvies 1997, p. 110

³⁰De Ridder a.w., p. 325.

³¹R.G.T. Bleeker, W.J.M. Herber, B. van der Zijpp, *UAV-GC 2005. Over problemen bij het werken met geïntegreerde contracten*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2016.

³²De zogenaamde 'knip van Goudsmit'. Zie uitvoerig daarover *Veranderende rollen*, p. 181 e.v.

4. Het opstellen van de algemene voorwaarden UAV-GC 2005 (2000): is met de waarschuwing voldoende gedaan?

Ik veroorloof mij eerst wat algemene opmerkingen.

Terugdenkend aan de discussies voorafgaand aan de totstandkoming van de UAV-GC 2000, bekruipt mij achteraf het gevoel dat de waarschuwingen omtrent de onbekendheden en de vraag voor welk soort project dit nu een goed model was, onvoldoende onder ogen zijn gezien. In de juridische discussie ging het vooral om waarschuwingsplichten tegen fouten in informatie die over en weer was verstrekt, de omvang van de aansprakelijkheid en de knip daarin. Die discussie vond daarbij op een zeer abstract niveau plaats, waarbij voortdurend de schaduw van aansprakelijkheid over het door de juristen ongewenst geachte gedrag van partijen hing. Niet de vraag hoe gegeven dit contractmodel gewenst gedrag te faciliteren stond voorop, maar de juridisch-formele reactie op ongewenst gedrag. Ik ben me ervan bewust hier een 'achteraf' oordeel te geven en dat deze kijk op hoe we destijds werkten aan de UAV-GC een product is van voortschrijdend inzicht. Mijn opmerkingen zijn dan ook niet bedoeld in verwijtende zin; wel denk ik dat juristen beter hun oor te luisteren zouden kunnen leggen bij degenen voor wie juridische teksten worden geschreven.

Vanaf het begin is het de praktijk van het werken met de UAV-GC ook niet gemakkelijk gemaakt. De uitdrukking dat wie niet behoedt, bloedt, kwam steeds weer naar voren.³³ En als er behoed werd, werd dat weer snel gezien als het overnemen van verantwoordelijkheid horend bij de wederpartij. Voorts werd de opdrachtgever steeds voorgehouden dat hij zijn plaats moest kennen onder het geïntegreerde model en zich niet dan wel zo min mogelijk met het werk moest bemoeien. Dit gebeurde zozeer, dat de idee postvatte, dat er overal bij contacten juridische gevaren dreigden. Het gevolg hiervan is geweest dat, waar het beschikken over voldoende informatie al een probleem was, de communicatie tussen partijen gaandeweg een groter probleem werd. De te eenzijdige nadruk op de juridische consequenties van alles wat er in de praktijk gebeurde bij dit contractmodel heeft de receptie van de UAV-GC 2005 (2000) m.i. niet bevorderd.

Een anekdote in dit verband. Hoe zeer partijen met de onderlinge communicatie worstelden, blijkt uit het feit, dat mij met regelmaat gevraagd werd bij in company cursussen en verschillende onderzoeken die mij naar deelnemers aan een UAV-GC 2005 werk brachten, of men überhaupt wel met elkaar mocht praten. Is dat wel verstandig, daarmee wordt toch (extra) verantwoordelijkheid naar zich toegetrokken? Het idee, dat er een gebied is waarbinnen men vrijelijk zonder te hoeven denken aan juridische consequenties met elkaar zou moeten kunnen

overleggen, bestaat bij sommigen niet meer.

De sfeer rond de opstelling en het gebruik van de UAV-GC was dus te juridisch van aard en had te weinig oog voor de feitelijke consequenties daarvan. Aan de vraag hoe te stimuleren, dat aan de onbekendheden in een totstandkomingsproces een einde zou kunnen worden gemaakt, werd in de periode, waarin de UAV-GC tot stand kwam, achteraf beschouwd te weinig en/of verkeerde aandacht geschonken.

Hoe zit het met de uiteindelijke tekst van de UAV-GC waar het gaat om de prijs voor het werk?

De Model Basisovereenkomst en de algemene voorwaarden bevatten verschillende bepalingen over de prijs of die van invloed zijn op de prijs die de opdrachtnemer uiteindelijk betaald krijgt.

Het komt er op neer dat er een vaste prijs aan het begin wordt afgegeven en binnen de UAV-GC 2005 (2000) zijn verschillende bepalingen opgenomen die de opdrachtnemer recht geven op kostenvergoeding indien hij voor kosten komt te staan die niet in de prijs zijn verdisconteerd.³⁴ Met deze, vrij open geformuleerde bepalingen kunnen veel situaties die betrekking hebben op de initiële onbekendheden opgevangen worden. Maar het is een reparatie, die altijd achteraf na de totstandkoming van de overeenkomst plaatsvindt. De reparatie van de prijs gaat daarbij steeds gepaard met de discussie of er wel recht is op de vergoeding; of dat de omstandigheden wel passen binnen het kader van de UAV-GC 2005.

Deze discussie vindt steeds plaats tegen de achtergrond van de in beginsel vaste prijs en het feit dat de opdrachtnemer nu eenmaal ontwerp en uitvoering op zich heeft genomen. Dit maakt dat het verzoek om kostenvergoeding nog meer dan onder het traditionele model voor de opdrachtgever een teleurstelling zal zijn en dat bemoelijkt het gesprek. Voorts begint een aanspraak op een vergoeding van de kosten feitelijk met de regeling van de informatiedeling.

Die regeling, opgenomen in paragraaf 3 lid 1 onder a UAV-GC 2005 is ongelukkig wanneer deze bekeken wordt vanuit het perspectief van het probleem dat een prijs afgegeven moet worden op een moment dat er nog zo veel onbekend is.³⁵

Een opdrachtgever zal vaak over meer informatie beschikken betreffende het te verbouwen gebouw, of de ondergrond van de aan te leggen weg etc. dan de opdrachtnemer. Maar hij is niet verplicht al die informatie ter beschikking te stellen. Dat hoeft alleen maar voor zover het ter beschikking stellen noodzakelijk is om de opdrachtnemer in staat te stellen het werk te realiseren. Deze bepaling is een bron van onenigheid tussen partijen. Omdat er op de opdrachtgever onvoldoende verplichtingen rusten om informatie te delen, is het lang niet altijd mogelijk om op grond van kostenvergoedingsregeling in de UAV-GC 2005 een vergoeding te

vragen. Het beschikken over te weinig informatie is in de praktijk dan ook zelden aan de opdrachtgever toe te rekenen.

Dit brengt met zich dat de een groot deel van het risico inzake onbekendheden bij de opdrachtnemer liggen. De in zo'n situatie afgegeven prijs is n.m.m. dan ook in ieder geval deels niet op een verantwoorde wijze tot stand is gekomen. De regeling van de informatiedeling is onvoldoende ingegeven door het *stimuleren* daarvan.

Men kan mij tegenwerpen dat deze regeling past bij het uitgangspunt dat de opdrachtnemer ontwerp en uitvoering verzorgt en dat uit dien hoofde de opdrachtnemer zelf moet zorgen dat hij over de relevante informatie beschikt. Daarop antwoord ik: dat is in beginsel correct.

Maar is het geïntegreerde model daarmee dan wel een model dat een project ten goede komt? Dat wil zeggen, bevordert een regeling die terughoudendheid stimuleert om informatie te delen, de voortgang van een project? Wie of wat gaat voor? Wat zou voor moeten gaan? Anders gezegd: gaat de zuiverheid van de rolverdeling voor op de voortgang van het project? De vraag stellen is haar beantwoorden. Ik loop hiermee vooruit op mijn conclusie en keer terug naar de opstelling van de UAV-GC 2005 (2000).

Wat hadden we moeten of kunnen doen? Feitelijk had het model niet zo ver doorgevoerd moeten worden. Er had een ongeclausuleerde bepaling, waarin bevordert wordt dat de opdrachtgever informatie waarover hij beschikt ter hand stelt aan de opdrachtnemer, moeten komen. Althans een waarin de clausulering niet zo omvangrijk en onduidelijk zou zijn als nu in paragraaf 3 lid 1 UAV-GC 2005 (2000) is opgenomen.

Een andere oplossing zou het opnemen van een bepaling in de trant van paragraaf 29 lid 3 UAV 2012 (1989) zijn. Deze paragraaf bevat een algemeen geformuleerde aanspraak van de aannemer op bijbetaling ingeval de toestand van gebouwen, werken en terreinen verschilt van de toestand aangeduid in het bestek.

Deze oplossingen zouden veel meer in lijn zijn geweest met wat de Parlementaire Enquête Commissie zei: 'samen onzekerheden opvangen en ten goede wenden'. En het prijsprobleem zou minder groot zijn geworden, hoewel nog steeds niet ten principale opgelost.

Tot slot moet er op gewezen worden, dat wat er zij van al het voorgaande de UAV-GC 2005 (2000) nog wel een vangnet heeft indien zich tijdens een project voortschrijdend inzicht voordoet, bijvoorbeeld, omdat kennis na het sluiten van de overeenkomst ter beschikking komt. Ik doel op de wijzigingsbepalingen

van paragraaf 14 en 15 UAV-GC 2005. Deze hebben het in zich om mogelijk te maken wat door De Boer een 'veranderlijke, dynamische risicotoedeling' is genoemd.³⁶ Helaas wordt in de Toelichting op de rem getrapt. De opdrachtgever wordt namelijk bij het gebruik van deze bepaling gemaand tot het betrachten van 'grote voorzichtigheid' en hij wordt op de 'grote gevolgen' van het opdragen van wijzigingen gewezen. De Toelichting sluit daarmee m.i. feitelijk niet aan op de tekst van de bepaling. De tekst is immers vrijwel niet beperkend voor het opdragen van wijzigingen door de opdrachtgever.

Ook hier staan de juridische consequenties op de voorgrond in plaats van het feitelijke belang dat met het opdragen van wijzigingen is gemoeid.

Afrondend beantwoord ik de gestelde vraag ontkennend. Er is te weinig gedaan met de waarschuwingen betreffende de onbekendheden bij een geïntegreerde opdracht. De bepalingen die oplossingen hadden kunnen bevatten, doen dat onvoldoende. En voorts constateer ik dat de sfeer rond de opstelling van de UAV-GC 2000 (2005) te veel bepaald is door een eenzijdig juridische blik, waar een verkeerd signaal van uit is gegaan naar de praktijk.

Kijkend naar de recente literatuur, de rechtspraak en naar wat in 'De Toekomstige Opgave' is opgemerkt, denk ik dat het probleem in de praktijk nog steeds niet is opgelost: 'De werken met hoger risicoprofiel en complexiteit zijn in het algemeen de Aanlegprojecten en Vervangings&Renovatie-projecten. Aanlegprojecten vanwege de vrijwel altijd aanwezige technische onzekerheden. Van de V&R-projecten bestaat vaak geen volledig beeld van de huidige staat van het areaal. Dit bemoeilijkt de inschatting van de benodigde arbeid, materieel en tijd en mogelijke risico's.', zo wordt immers in het rapport van RWS gesteld.³⁷

Kortom: anno 2019 bemoeilijken de onbekendheden aan het begin van een bouwproject nog steeds het afgeven van een prijs op een wijze die stand houdt gedurende de looptijd van de overeenkomst. Na 20 jaar werken met de UAV-GC 2005 lijkt mij dat een aan dit model inherent klevend probleem, waarvan men alleen met een principiële koerswijziging af kan komen.

Er wordt op dit moment gewerkt aan een nieuwe versie van de UAV-GC 2005, waar al lang met spanning op wordt gewacht. Ik denk dat het goed zou zijn, als de beweegredenen die ten grondslag liggen aan het rapport 'De Toekomstige Opgave' nog meegenomen zouden kunnen worden.

[De conclusie betreffende het geïntegreerde model](#)

Ik rond af met een aantal algemene conclusies, waarvan ik uitdrukkelijk opmerk dat het algemene conclusies zijn en dat zij zeker niet in alle gevallen opgaan.

De onderbouwing van deze conclusies is in deze uitgesproken versie van mijn betoog niet volledig.

A. Het geïntegreerde model als zodanig:

1. Het geïntegreerde model verlangt dat te vroeg een prijs moet worden afgegeven.
2. De rolverdeling die de filosofie van het geïntegreerde model met zich brengt, verhoudt zich niet goed tot hoe opdrachtgever en opdrachtnemer van nature willen handelen.
3. Het geïntegreerde model bemoeilijkt, dan wel stimuleert niet, een samenwerking tussen partijen, waarbij projecten in het algemeen wel gebaat zijn. Dit speelt m.n. bij de communicatie.
4. Het model is geschikt voor bepaalde typen opdrachten waar complexiteit geen probleem is, de vraag overzichtelijk en waar de opdrachtgever om welke reden dan ook gemakkelijk afstand kan nemen van het proces en van de uitkomst van de werkzaamheden.

B. M.b.t. de UAV-GC 2005 (2000)

1. De wijze van formulering en de inhoud van de UAV-GC zijn te juridisch van aard. Bij de opstelling is onvoldoende rekening gehouden met wat het effect van het juridisch taalgebruik en van onderdelen van de regeling zou zijn op het gedrag van partijen.
2. Met de waarschuwingen inzake de prijs problematiek is te weinig gedaan.
3. De verschillende prijsmechanismen die zijn voorgesteld, hebben het in zich een nieuwe knip in de systematiek van de UAV-GC teweeg te brengen richting meer invloed van de opdrachtgever.
4. De regeling van informatiedeling leidt niet tot het komen tot een informatiestroom die bevorderlijk is voor het project.
5. De bescherming van de opdrachtnemer tegen situaties die hij vooraf niet kon kennen, laat te wensen over.

Mijn boodschap is *niet* dat het nooit goed gaat in door het geïntegreerde model beheerste projecten. Wel dat beter nagedacht moet worden of dit model wel zo vaak en soms zo automatisch ingezet moet worden als wordt gedaan. Het traditionele model, wat nu dan twee-fasen-proces wordt genoemd, eventueel in combinatie met het bouwteam zal in veel gevallen een betere keus zijn.

³³De ontwerpende bouwer, p. 100/101.

³⁴Zie de Toelichting op de UAV-GC 2005, p. 97 op paragraaf 44, houdende de regeling van de kostenvergoeding en de termijnsverlenging.

³⁵Zie o.a. Mr. D.E. van Werven, 'Zorgvuldig prijzen', BR 2005/124, p. 550; Bleeker c.s., a.w., p. 20 e.v.

³⁶Zie de bijdragen van De Boer aan BR 1995, p. 640 e.v. en zijn bijdrage aan De ontwerpende bouwer, p. 213.

³⁷De Toekomstige Opgave, p. 17.

5. De toekomst

RWS heeft vier concrete maatregelen³⁸ aangekondigd waarmee geprobeerd gaat worden de problemen het hoofd te bieden.

1. selectief risico verlagen door de prijs van de bouwfase pas op een later moment vast te zetten;
2. een portfolio-aanpak introduceren;
3. effectievere randvoorwaarden creëren over het hele portfolio van Rijkswaterstaat en
4. het stimuleren van toetreding en inbreng en samenwerking van meer technologisch georiënteerde bedrijven met GWW bedrijven.

Ik beperk mij tot de eerste maatregel betreffende het niet goed in beeld zijn van 'een aantal risico's voorafgaand aan de aanbesteding'.³⁹ Wat hier aan te doen:

'Rijkswaterstaat kan bij grote, complexe projecten selectief risico's verminderen door de prijs van de bouwfase op een later moment van een project vast te zetten. De risico's van het totale project kunnen worden verminderd door gebruik te maken van een "twee-fasen-proces". Indien de risico's beter in beeld worden gebracht en daarna een definitieve prijs bepaald, neemt de onzekerheid over de prijsbepaling uiteindelijk af. Pas na de ontwerp- of engineeringfase volgt de prijsbepaling voor de bouwfase.'⁴⁰

Op deze wijze is er meer tijd om de risico's in te schatten, zo wordt t.a.p. vervolgd, en zullen er achteraf minder kosten- en tijdsoverschrijdingen plaatsvinden. Er worden twee varianten van het twee-fasen-proces beschreven. In de eerste variant worden ontwerp en uitvoering aan één partij opgedragen en bevat de eerste fase een exit mogelijkheid indien niet tot definitieve prijsbepaling gekomen kan worden.⁴¹ In de tweede variant, die verder gaat, wordt alleen het ontwerp aanbesteed en wordt daarna de uitvoering aanbesteed.⁴²

Het model vereist dat RWS weer in staat is (mee) te ontwerpen, het ontwerpmanagement op zich te nemen en kwaliteitscontroles uit te voeren.⁴³ Ook het

controleren van de kosten, het managen van het raakvlak tussen ontwerp en bouw moet RWS zelf kunnen doen.⁴⁴

Wat hiervan te denken?

De maatregel betreft het grootste pijnpunt bij geïntegreerde contracten: de relatie van de af te geven prijs voor het werk en de onbekende risico's. RWS slaat op dit onderwerp de weg in die in de jaren negentig van de vorige eeuw is uiteengezet in de literatuur: de prijsbepaling wordt uitgesteld en er is een 'exit mogelijkheid'. En wellicht moet er wel helemaal niet voor het geïntegreerde model gekozen worden. De geluiden uit de jaren 90 van de vorige eeuw klinken luid en duidelijk door.

RWS spreekt van een twee-fasen-proces, en wijst er op dat niet terug gegaan wordt naar de RAW-contracten. Zorgvuldig wordt vermeden om hier te spreken in termen van het traditionele model, het klassieke model of het UAV model of hoe men dat model ook wil noemen. Dat is echter wel wat gebeurt.⁴⁵ Het klassieke model heeft als belangrijkste kenmerk de scheiding in de volgtijdelijk te doorlopen fasen van ontwerp en uitvoering. De uitvoering geschiedt op basis van een prijs die afgegeven wordt op een ontwerp, en waarbij in beginsel die werkzaamheden gescheiden plaats vinden en wel in beginsel ook door twee verschillende partijen. Ik zeg in beginsel, want het bouwteam vormt op die scheiding een belangrijke uitzondering, zij het dat de bouwteam aannemer slechts *deelneemt* aan het ontwerp en dat niet in zijn geheel alleen verricht. Die scheiding wordt thans dus weer voorgesteld.

Gezien de kritiek eerder in deze rede geuit op het geïntegreerde model is duidelijk, dat ik deze koerswijziging een verstandige vind en hoop en verwacht dat andere opdrachtgevers hier een voorbeeld aan nemen. Het door middel van de ontwerpwerkzaamheden zo goed mogelijk in kaart brengen van de risico's die aan projecten kleven en dan pas overgaan tot het bepalen van de prijs voor de uitvoering en de uitvoering zelf, is een voor de hand liggende manier van werken wanneer ervan uitgegaan kan worden dat er risico's er zijn.

Inzicht in hoe met het prijsmechanisme alsdan om te gaan, wordt geboden door ervaringsdeskundige Bob van den Berg in zijn bijdrage aan het Liber Amicorum 'Van het gebaande pad'.^{46/47}

Van den Berg zet uiteen in welke gevallen een vaste prijs weinig problematisch is en vervolgens welke mogelijkheden er zijn wanneer een vaste prijs wel problematisch is. In die laatste situatie dienen zich drie mogelijkheden aan: afrekenen op basis van bestede tijd en kosten (risico: budget onvoldoende); het bepalen van een maximum prijs voor de werkzaamheden (nadeel: eigenlijk toch een vaste prijs en wat valt er onder de maximum prijs?); uitgaan van een bedrag 'ten

naaste bij'. Het is die laatste methode⁴⁸, die Van den Berg uitwerkt en die tot zijn uiteindelijke voorstel leidt.⁴⁹

Samengevat komt het voorstel van Van den Berg neer op het volgende. Het is niet de bedoeling dat de opdrachtnemer naar het onzekere bedrag toewerkt en dat de opdrachtgever opdraait voor de kosten die eventueel hoger zijn. De opdracht moet voorzien zijn van een mechanisme waardoor de kosten niet verder oplopen dan voor realisatie nodig is. De onder- of overschrijding van het maximale bedrag moet via een verdeelsleutel aan partijen worden toegedeeld. Bij onderschrijding zou een deel van de bespaarde kosten aan de opdrachtnemer toekomen; bij overschrijding een deel van de meerkosten:

'Het verdienmodel van de opdrachtnemer wordt in deze constructie gericht op het zo efficiënt en effectief mogelijk presteren ten opzichte van de target. Overschrijden is immers aanmerkelijk gunstiger dan overschrijden.'⁵⁰

Maar, zo vraagt Van den Berg zich af, organiseert deze prikkel wel de nodige flexibiliteit als substantiële risico's aan de orde zijn?⁵¹ Zijn antwoord is om partijen voor bepaalde risico's gezamenlijk verantwoordelijk te doen zijn opdat voorkomen wordt dat de gevolgen van een ingetreden risico door de niet-risico dragende partij ten eigen nutte wordt gemaximeerd. Er dient dan ook sprake te zijn van gezamenlijk risicomangement en gezamenlijke besluitvorming. In de aanbestedingsprocedure dienen de risico's te worden geïnventariseerd en voorzien van beheersmaatregelen, waarvan de kosten bij onderhandelingen over de target kunnen worden meegenomen.

Van den Berg concludeert daarop dat hiermee de kenmerken van de alliantie dicht genaderd zijn.⁵² En dat is een contractmodel dat in het rapport van RWS ook daadwerkelijk genoemd wordt.

De te treffen maatregel past ook in de Marktvisie. In de versie, die thans geldt, wordt ter zake bij Thema: Prijsvorming opdrachtgevers en opdrachtnemers het volgende voorgoed:

'Het is een gezamenlijke verantwoordelijkheid om de voorwaarden te scheppen om tot de juiste prijs te kunnen komen. We streven naar reële marges in relatie tot reële risico-opslagen.'⁵³

Nog twee opmerkingen alvorens ik dit onderdeel afsluit.

1. De term 'optimaliseren' wordt door RWS gebruikt. Wat wordt daarmee bedoeld? Optimaliseren van wat: van keuzen die gemaakt zijn of mag met alternatieven gekomen worden?⁵⁴ En uit wiens perspectief mag geoptimaliseerd worden? Optimaliseren vanuit het perspectief van de opdrachtgever is, dat er wat mooiers,

efficiënters, groter wellicht of juist kleiner gerealiseerd wordt. Optimaliseren vanuit het perspectief van de opdrachtnemer kan echter betekenen, minder voor meer geld of meer voor meer geld. Wat hier precies de bedoeling is, is onduidelijk. Dit punt is niet van belang ontbloeit in de praktijk en het ware beter indien hier duidelijker geformuleerd zou zijn.

2. De publieke onderkenning van het feit dat er meer technische/kostendeskundige kennis aan de zijde van RWS moet zijn, ja dat er een uitdagende interne transformatie moet plaatsvinden (zie p. 44/45 van het rapport), zal voor menigeen een opluchting zijn.⁵⁵ Al lange tijd wordt immers gewaarschuwd tegen het gebrek aan die kennis; wie niet zelf ontwerpt, verliest die kennis en is daarmee als opdrachtgever overgeleverd aan de markt met wie niet meer op gelijke (kennis) voet gesproken kan worden. Voor professionele opdrachtgevers, en zeker voor publieke opdrachtgevers is dat een onwenselijke situatie.

Afsluitend

Het vooraf beter in kaart brengen van risico's is een stap naar het evenwichtiger omgaan met risico's bij geïntegreerde contracten. De herinvoering van het klassieke model, c.q. de invoering van het twee-fasen-proces zal het pijnpunt van de onzekerheden aanzienlijk terug dringen. Zijn er daarmee geen financiële of andere problemen meer te verwachten? Het antwoord daarop is uiteraard ontkenkend. Om die financiële problemen op te vangen, kent de JAV 2012 (1989) een uitgebreid stelsel van prijs aanpassingsmogelijkheden. Dat stelsel is ook niet 100% zalig makend kijkend naar de rechtspraak. Maar het vertrekpunt van de prijs voor het werk bij de JAV 2012 (1989) is gebaseerd op meer realisme dan dat bij de JAV-GC 2005 het geval is (ook met inachtneming van de kostenvergoedingen die mogelijk zijn). Met instemming haal ik hier dan ook de slotwoorden van Michel Klijns al genoemde bijdrage aan: de vraag [is] gerechtvaardigd of men aan het einde van de rit niet goedkoper uit zou kunnen zijn indien men aan het begin de durf zou hebben om de "prijszekerheid" (aanhalingstekens ook in het origineel) los te laten. Ik meen van wel.⁵⁶

³⁸Enigszins ambivalent wordt in het rapport bijna in een adem met het woord maatregel ook gesproken van oplossingsrichting.

³⁹De Toekomstige Opgave, p. 36. In de Managementsamenvatting, p. 7, wordt onder de eerste maatregel ook gesproken van het verlagen van de risico's van projecten door grote projecten te verkleinen.

⁴⁰Ibid.

⁴¹De Toekomstige Opgave, p. 36/37.

⁴²De Toekomstige Opgave, p. 37.

⁴³Ibid.

⁴⁴Ibid.

⁴⁵In deze zin ook De Bont, t.a.p.

⁴⁶B. van den Berg, 'Over onzekerheid en vaste prijs-contracten', in: (red.) M.A.B. Chao-Duivis, J.M. Hebly, E.J. Blom Liber amicorum: Van het gebaande pad, opstellen aangeboden aan mr. A.G.J. van

Wassenaer, , Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2016 p. 155 e.v. Het voorstel van Van den Berg ligt in lijn met de allereerste voorstellen die zijn gedaan. Er loopt een directe lijn wat dit punt betreft van de eertijds geuite opvattingen naar wat Van den Berg betoogt.

⁴⁷Zie voorts in dezelfde bundel de bijdrage van M. Klijn, 'Prijsvorming bij alliantiecontracten', p. 27 e.v.; hij gaat uitgebreid in op de invulling en het gebruik van het bij allianties voorkomende begrip Taakstellend Alliantiebudget.

⁴⁸Bekend uit de DNR 2011 (herzien 2013); zie artikel 2 lid 3: 'Voorafgaand aan de totstandkoming van de opdracht overleggen partijen, voor zover op dat moment mogelijk en voor zover relevant, betreffende: 3j het bedrag aan uitvoeringskosten dat ten naaste bij met de uitvoering van het object gemoeid mag zijn;'.⁴⁹Het hierna volgende is ontleend aan p. 156 en 157 van het genoemde Liber Amicorum.

⁴⁹Het hierna volgende is ontleend aan p. 156 en 157 van het genoemde Liber Amicorum.

⁵⁰Van den Berg 2016, a.w., p. 157.

⁵¹Ibid. Het hierna volgende is ontleend aan dezelfde pagina.

⁵²Ibid.

⁵³Leidende principes voor een betere samenwerking tussen opdrachtgever en opdrachtnemer in 2020, te downloaden van <https://www.marktvisie.nu/wp-content/uploads/2016/12/De-Marktvisie_Leidende-principes-samenwerking.pdf>, (aansteljk geraadpleegd 17 augustus 2019).

⁵⁴Zie voor een voorbeeld uit de rechtspraak over de moeilijkheden die ontstaan bij het gebruik van deze term: RvA 20 november 2014, nr. 71.915 (Staalslakken II), TBR 2015/65, m.nt. E.W.J. van Dijk.

⁵⁵Exemplarisch is het schrijven van augustus 2013 van een aantal waterbouwkundige ingenieurs aan de Vaste Commissie voor Infrastructuur en Milieu van de Tweede Kamer en de leden van de Provinciale Staten van Zeeland (<<https://www.zeeland.nl/digitaalarchief/zee1300724>> (laatstelijk geraadpleegd op 7 september 2019)). Er is geen inhoudelijke kennis meer bij RWS en dat terwijl die kennis 'breed gezien essentieel is voor het verzekeren van de veiligheid tegen overstromingen'.

⁵⁶Klijn, a.w., p. 37/38.

6. Hoe nu verder?

'De Toekomstige Opgave' is een concrete en juiste aanzet tot een daadwerkelijk andere manier van werken. Mijn advies zou zijn: werk dat uit en ga verder op die weg. Een weg die uitdrukkelijk niet op drijfzand gestoeld is.⁵⁷ Het kiezen van een bouwcontractmodel moet gebaseerd zijn op een rationele afweging. Daarbij moet uitdrukkelijk aandacht zijn voor de complexiteit van het bouwen. De techniek van het bouwen schrijdt voort, de techniek van het organiseren van het bouwproces schrijdt voort en het aantal functies dat een gebouw herbergt, neemt ook toe.

Dit vraagt om interdisciplinaire benaderingen in alle fasen van het bouwproject. Er is geen ideaal model, maar het zonder meer opknippen van taken tussen opdrachtgever en opdrachtnemer zou tot het verleden moeten behoren. De moderne technieken als BIM, de steeds verder gaande specialisatie binnen tal van disciplines laten zien, dat de werkzaamheden van alle betrokkenen bij een project steeds meer op elkaar betrokken zijn. Zowel op het niveau van de opdrachtgever en de opdrachtnemer(s) als op het niveau van de organisaties van de verschillende opdrachtnemers betrokken bij een project is meer aandacht nodig voor de organisatie van de onderlinge werkzaamheden en de onderlinge verhoudingen.

Deze noodzakelijke aandacht wijst in de eerste plaats naar het bouwteam model en in de tweede plaats naar het alliantiemodel. Bij het schrijven van contracten onder vigeur van deze modellen dient dan ook expliciet overwogen te worden of aspecten van management niet meegenomen moeten worden, zoals men ziet in de sets van algemene voorwaarden afkomstig uit het Verenigd Koninkrijk: JCT en NEC.

Het voorgaande betekent, dat naast wijziging van de UAV-GC 2005 (waar aan wordt gewerkt) ook wijzigingen van de UAV 2012 geïndiceerd zijn.

Het verdient volgens mij voorts aanbeveling de juridische verhouding in het bouwteam, die thans in de praktijk nog veelal door het VGBouw Model wordt beheerst, beter vorm te geven. Ik heb daarvoor een lans gebroken in mijn studie naar het bouwteammodel en ben dan ook heel blij met het initiatief dat momenteel wordt ontplooid door het Bouwgenootschap om te komen tot een nieuwe set van algemene voorwaarden voor dit model.⁵⁸ Wat ik daarbij wel betreurt, is dat dit initiatief niet in paritair overleg plaatsvindt. Niet omdat ik vind, zoals de Gids Proportionaliteit bepaalt, dat aldus tot stand gekomen sets van algemene voorwaarden in voorkomende gevallen *moeten* worden toegepast en ook helemaal niet gewijzigd zouden mogen worden. Maar omdat ik de praktijk van het schrijven van algemene voorwaarden in paritair verband, ondanks alle tijd en moeite die er mee gemoeid zijn, de beste garantie vindt voor een evenwichtig resultaat dat ook breed gedragen wordt.

Met het uitstellen van de prijsbepaling bij geïntegreerde contracten of het gebruik van het twee-fasen-proces in welke concrete vorm dan ook zal de bouwwereld niet perfect worden. Maar gegeven de lessen van de afgelopen decennia, is het tijd het over een andere boeg te gooien.

Ik geef de juristen daarbij in overweging hun plaats te kennen en vooral faciliterend te zijn met oog voor het effect van formuleringen op degenen, die met die regels moeten werken. De opzet en formulering van regelingen moeten niet alleen duidelijk en eenvoudig zijn⁵⁹, maar ook moet beoordeeld worden of zij geen onbedoeld gedrag oproepen, waardoor zij feitelijk niet 'best for project' zijn.

⁵⁷Zoals De Bont t.a.p. meent.

⁵⁸Voor meer informatie zie N. van Wijk, *Bouwteam in het middelpunt, Cobouw 18 juni 2019. Een eerste versie (consultatieversie) van deze nieuwe set van algemene voorwaarden is te vinden op <https://www.duurzaamgebouwd.nl/download-consultatiedocument>. De lancering van de definitieve versie wordt eind 2019 verwacht.*

⁵⁹Vergelijk artikel 2.6 Aanwijzingen voor de regelgeving.

7. De titel van deze publicatie

Toen deze titel bekend werd, kwamen mij verschillende interpretaties en verwachtingen ter ore van wat achter de titel schuil zou gaan. Die zijn allemaal onjuist: de titel heeft niets te maken met klimaatwijziging en ook niet met de UAV-GC 2005 die zeker als dinosaurus weggezet zou worden. Ik bespaar u de rest.

De zaak van de smeltende dinosaurus kwam ik tegen op het internet in 2016.⁶⁰ Het ging om het volgende. Het Oxford Natural History Museum dateert uit 1859. Het dak is gerestaureerd in 2013. Tijdens de restauratie zijn meer dan 8.500 glazen panelen van het dak gehaald en opnieuw aangebracht. Maar de film laag met UV bescherming is bij de werkzaamheden aan het glas wel verwijderd maar niet meer teruggebracht. De versteende dinosaurussen, opgesteld onder het glazen dak, werden daarmee blootgesteld aan hoge niveaus van UV licht met als gevolg snelle en niet meer te herstellen schade. De gebeurtenis haalde de nationale pers en in de Daily Mail met de volgende kop: 'Museum's dinosaurs are being wiped out... by the sun light! Skeletons at risk of damage because new glass roof cannot protect against ultraviolet rays'.

Een schitterend verhaal. Maar juridisch?

Navraag bij Engelse juristen leverde niets op dat in de richting van een rechtszaak ging. Uiteindelijk bij het werk aan deze rede heb ik contact gezocht met de directie van het museum en gevraagd of het inderdaad ooit tot een rechtszaak is gekomen. Het antwoord was: dit is nooit een juridisch punt geworden, maar een 'operationeel punt, aangezien het een interne kwestie is die geheel bij de universiteit ligt. De UV film is heraangebracht over bijna het hele dak. Nog een ander klein detail is dat de dinosaurussen nooit enig risico liepen.'

Waarom dan toch deze kwestie gebruikt bij deze rede. Het verhaal bleek didactisch van grote waarde bij onderwijs aan de TU en daarbuiten. Omdat ik met deze rede mijn werkzaamheden als wetenschapper en als docent aan de TU afsluit, vond ik dat ik dit verhaal (en dus feitelijk geen zaak) dan ook wel voor deze afscheidsrede mocht gebruiken. Kijkend naar de reacties die ik ontving ter gelegenheid van het bekend worden van deze titel bleek hij aan te slaan. En dat is iets wat een auteur ook leuk vindt. Ik hoop dat de lezer zich niet al te zeer op het verkeerde been gezet voelt!

⁶⁰Daily Mail: 'Museum's dinosaurs are being wiped out... by the sun light! Skeletons at risk of damage because new glass roof cannot protect against ultraviolet rays'; <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-3711674/Museum-s-dinosaurs-wiped-sun-light-Skeletons-risk-damage-new-glass-roof-protect-against-ultraviolet-rays.html>> (laatstelijk geraadpleegd op 7 september 2019).

8. Laatste woorden

Ik ben mijn juridische carrière in 1985 begonnen aan de toenmalige Katholieke Hogeschool Tilburg bij Herman Schoordijk en Benita Nieskens. Bekende namen in de wereld van het gewone privaatrecht.

Ik trof bij hen een academische vrijheid aan, die ik in mijn naïviteit vanzelfsprekend vond. Later ben ik er achter gekomen, dat met name de dagelijkse, noodzakelijke geldgedrevenheid van academische instellingen een bedreiging is voor de academische vrijheid. Ik heb mijn best gedaan om de mensen met wie ik mocht werken en ook de studenten diezelfde vrijheid te gunnen.

Ik dank het Fonds Collectieve Kennis-Civiele Techniek voor het in 2004 financieel mogelijk maken van de leerstoel Bouwrecht. Ik ben blij dat de leerstoel niet alleen blijft bestaan, helaas kan niet iedere hoogleraar die afscheid neemt, dat zeggen, maar zelfs met een halve dag wordt uitgebreid. Mijn opvolger die nog niet bekend is, wens ik vast veel succes toe.

Dank aan het Bestuur van TU Delft voor het in mij gestelde vertrouwen.

Collega's en studenten van de TU Delft: ik heb als bouwrecht jurist veel geleerd van jullie. Veel dank daarvoor en veel dank voor de goede samenwerking.

Dank voor het kritisch lezen van (delen) van deze rede: A.G. Bregman, E.M. Bruggeman, A.M.B. Chao, F.A.M. Hobma, L. Maas, N. van Wijk en Y.R.R.R. de Mul; en voor het vele opzoekwerk en het ordenen van het notenapparaat: dank aan L. Broers en Y. El Ghaddar.

Mijn laatste woorden zijn voor mijn man en kinderen. Wat ik bereikte, was zonder jullie niet mogelijk geweest. Ik kan niet onder woorden brengen hoe groot mijn dank voor jullie is.

Ik heb gezegd!

TU Delft
Faculteit Bouwkunde

Julianalaan 134
2628 BL Delft

T: +31 (0)15 27 85127

www.tudelft.nl/bk/