

TBR 2024/40

Risicoverdeling bij complexe bouwprojecten

James Carville, Max Abrahamson en de mislukte aanbesteding van de Van Brienenoordbrug

– Mr. J.M. Henriquez¹

1. Inleiding

Rijkswaterstaat is eind 2022 een aanbesteding gestart voor de vernieuwing van de Van Brienenoordbrug, de brug over de Nieuwe Maas die de Rotterdamse stadsdelen IJsselmonde en Kralingen-Crooswijk verbindt. Het project zou begin 2024 worden gegund.

Rijkswaterstaat meldt op 22 januari 2024 op haar webpagina: *‘In de loop van de aanbesteding, waarvoor zich 1 partij heeft aangemeld, is duidelijk geworden dat de huidige aanpak grote risico’s met zich meebrengt en er een prijs aan vastzit die voor het Rijk niet te bekostigen is.’*²

Rijkswaterstaat belooft een nieuwe aanbesteding in een andere vorm voor te bereiden.³ Maar wat houdt die nieuwe vorm in? Het gaat volgens Rijkswaterstaat om een nieuwe aanpak, waarin de risico’s voor de markt acceptabel zijn en hij zegt toe de risico’s met de markt te zullen bespreken.⁴

2. It’s the risk allocation, stupid

James Carville, adviseur van presidentskandidaat Bill Clinton, zei in 1992: *‘It’s the economy, stupid’*, waarmee de aandacht tijdens de campagne werd gevestigd op het feit dat het slecht ging met de economie van de Verenigde Staten en dat de zittende president (en tevens kandidaat namens de Republikeinse partij) George W.H. Bush, te weinig aandacht had voor dit onderwerp. Carville had gelijk.

De mislukte aanbesteding van de Van Brienenoordbrug maakt duidelijk dat voor de Nederlandse bouwsector geldt: *‘It’s the risk allocation, stupid’*. En dit lijkt vooral voor overheidsprojecten de laatste tijd een blinde vlek te zijn. Zo zagen wij hoe aannemers zich terugtrokken uit de aanbestedingen voor de A15 en de A9 en hoe de aanbesteding voor het Knooppunt Hoewelaken is mislukt.

Geen enkel bouwproject is zonder risico’s. En hoe complexer en unieker het bouwproject is, hoe hoger het algemeen risiconiveau. Maar het draait om de vraag bij welke partij een bepaald risico moet komen te liggen, zeker in complexe bouwprojecten waar rekening moet worden gehouden met onbeaalde en onbekende risico’s.

De vernieuwing van de Van Brienenoordbrug is een groot en complex project met meerdere onderdelen, maar moest van Rijkswaterstaat tegen een vaste prijs voor het volledige werk worden uitgevoerd.⁵ De markt zat daar niet op te wachten. Minister Harbers schrijft in zijn brief aan de Tweede Kamer d.d. 22 januari 2024 het volgende: *‘In de loop van het aanbestedingsproces voor de Van Brienenoordbrug is duidelijk geworden dat het gunnen tegen een vaste prijs van dit zeer grote en complexe project grote risico’s met zich meebrengt, die excessief hoog beprijsd worden.’*

Maar wat is excessief hoog? De term ‘excessief hoog’ is relatief en houdt naar haar aard een vergelijking in met een maatstaf of norm. Waarmee

¹ Jacob Henriquez is bouwrechtadvocaat en partner bij Ploum.
² <www.rijkswaterstaat.nl/nieuws/archief/2024/01/van-brienenoordbrug-vernieuwing-opnieuw-aanbesteed>.
³ Ibidem.
⁴ Ibidem.

⁵ Brief Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat aan de Tweede Kamer d.d. 22 januari 2024. Te raadplegen via: <www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-infrastructuur-en-waterstaat/documenten/kamerstukken/2024/01/22/stoppen-huidige-aanbesteding-van-brienenoordbrug-en-vervolg>.



heeft de Minister de afprijzing van de inschrijvende partij vergeleken? Met het eigen budget van de opdrachtgever? Dat lijkt het geval te zijn, nu in de brief van de Minister staat: *‘Vooraf is dit door Rijkswaterstaat niet zo ingeschat en is dit niet naar voren gekomen in de projectbegroting’*.⁶ Aan de wijze waarop de aanbesteding is verlopen, worden de contouren zichtbaar van de partij aan wie deze inschattingfout waarschijnlijk kan worden toegerekend.

Tegelijkertijd schrijft de Minister in zijn brief aan de Tweede Kamer: *‘De essentie hiervan is dat de aannemerscombinatie vooraf geen goede inschatting kan maken van de kosten van bepaalde werkzaamheden of risico’s die zich tijdens de uitvoering kunnen voordoen’*.⁷ En daarmee slaat de Minister de spijker op zijn kop. Want in mijn optiek draait het daar om. En in die hoek moet naar mijn mening ook de oplossing worden gevonden.

Doorgaans is een aannemer heel goed in staat om bepaalde en bekende risico’s in het werk te schatten en af te prijzen. Dat is onderdeel van zijn werk. Het wordt alleen lastiger als de risico’s niet bekend zijn of zich zeer lastig laten inschatten. Dan kun je niet meer spreken van het inschatten van risico’s, maar heeft het meer weg van giswerk.

Het dilemma in dit soort projecten is dat een inschrijver zelden precies weet welke risico’s zich tijdens de uitvoering van het werk zullen ontvouwen

en wat de financiële gevolgen daarvan zullen zijn.⁸ De negatieve tijdsimpact van die risico’s laat zich eveneens raden, maar ook de negatieve tijdsimpact heeft financiële gevolgen voor een aannemer.

Wanneer geen sprake is van af te prijzen bepaalde risico’s maar van onbekendheden die bij inschrijvers worden gealloceerd, zal het niet mogen verbazen dat professionele partijen die meedingen voor een opdracht afhaken of een ruime(re) financiële buffer in hun inschrijfprijs opnemen. En dat zorgt voor een hogere inschrijfprijs. Het zijn communicerende vaten: hoe groter het risicoprofiel, hoe hoger de prijs.

We moeten niet vergeten dat het de Staat is die dit werk uitgevoerd wil hebben. Is het dan gerechtvaardigd dat onbepaalde en onbekende risico’s bij marktpartijen worden neergelegd en niet worden gedragen door de eigenaar en opdrachtgever van het werk? Ik bepleit dat ook de opdrachtgevers van dit soort werken belang hebben bij een evenwichtige risicoallocatie.

3. Is de nieuwe aanpak oude wijn in nieuwe zakken?

Een analyse over welke inherente risico’s voor Rijkswaterstaat als opdrachtgever dienen te blijven en welke risico’s het beste door de markt kunnen worden ingeschat en gedragen lijkt nood-

⁶ Brief Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat aan de Tweede Kamer d.d. 22 januari 2024, p.3.

⁷ Brief Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat aan de Tweede Kamer d.d. 22 januari 2024, p.3.

⁸ Zie ook C.E.C. Jansen, ‘Over ‘twee-fasen-proces’; bouwteam met UAV-GC’ en ‘alliantie’: mogelijke oplossingen voor een verbeterde beheersing van het informatierisico bij de aanbesteding en realisatie van geïntegreerde projecten’, *TBR* 2021/94, p. 692-710; C.E.C. Jansen, *Herbezinning op de aanbesteding en realisatie van geïntegreerde bouwprojecten: verkenning van bestaande en nieuwe inrichtingen van het bouwproces met het oog op een verbeterde beheersing van het informatierisico*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2021; M.A.B. Chao-Duivis, *De zaak van de smeltende dinosaurus. Overpeinzingen bij 22 jaar werken in de wereld van het bouwrecht*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2021.

zakelijk. De nieuwe aanpak van Rijkswaterstaat kan vooralsnog gevonden worden in het opknippen van het werk in delen en om deze vervolgens opnieuw in de markt te zetten: *‘Om te zorgen dat er alsnog een betaalbare aannemer gevonden kan worden voor de brugrenovatie, gaat Rijkswaterstaat het contract in stukken hakken en opnieuw aanbesteden. Door de verantwoordelijkheden te spreiden over meerdere opdrachten, hoopt de opdrachtgever meer interesse te wekken en lagere vraagprijzen tegemoet te zien’*, aldus minister Harbers.⁹

Ik betwijfel of hiermee een duurzame oplossing voor het probleem wordt gevonden. Nog even los van de vraag of dit project zich wel leent om opgeknipt te worden.

In plaats van één groot werk met mogelijk 80 risico's¹⁰ wordt het bijvoorbeeld 8 werkpakketten met mogelijk 10 (of meer) risico's per werkpakket in de hoop dat inschrijvers alsnog in de verleiding worden gebracht om die risico's dan toch anders (lees: lager) af te prijzen. Het probleem hiermee is dat die risico's niet opeens kleiner of anders zijn geworden. Zeker niet wanneer het erop lijkt dat er geen grondige probleemanalyse aan de nieuwe aanpak ten grondslag ligt. De risico's blijven onbepaald en onbekend, maar ze worden alleen anders over de markt verspreid.

Overigens is de kans groot dat met deze nieuwe aanpak het totaal aantal risico's mogelijk juist toeneemt. Ook de efficiëntie- en andere (interface) voordelen van de integratie tussen de verschillende projectonderdelen gaan namelijk met het opknippen van het werk in verschillende werkpakketten verloren, terwijl die voordelen juist de oorspronkelijke keuze hebben bepaald om dit werk als één opdracht in de markt te zetten.¹¹ Het opknippen van de Noord-Zuidlijn in Amsterdam bleek achteraf ook geen prijsdrukkend effect te hebben.

4. Een fundamentele discussie over risicoallocatie bij complexe bouwprojecten is nodig

Is de nieuwe aanpak dan niet slechts een schijnoplossing die voorbij gaat aan de noodzaak om in dit project en in vergelijkbare projecten op een meer fundamentele wijze na te denken over risicoallocatie?

De Ierse bouwrechtadvocaat Max Abrahamson heeft in een tweetal publicaties in 1973 en 1974

bepleit dat vijf uitgangspunten leidend moeten zijn om te komen tot een redelijke en billijke risicoallocatie in bouwprojecten.¹²

Deze uitgangspunten zijn bekend geworden als de 'Abrahamson Principles', en betreffen (vertaald en beknopt samengevat):

1. De invloed en controle van een partij op het ontstaan van het risico.
2. De mogelijkheid voor een partij om het risico door te leggen, bijv. door het risico te verzekeren.
3. De partij die het risico draagt heeft een economisch voordeel in het beheersen van het risico.
4. Het plaatsen van een bepaalde risico bij een partij heeft efficiëntievoordelen.
5. Het risico, eenmaal ontstaan, kan door die partij worden gedragen.

Later, in een publicatie uit 2009, heeft Nael Bunni een viertal criteria gegeven voor de allocatie van risico's in aannemingsovereenkomsten, waarvan de volgende twee criteria in mijn optiek als aanvullend op de Abrahamson Principles kunnen worden genoemd:¹³

- a. De voorzienbaarheid van het risico: met andere woorden, welke partij kan het risico het beste voorzien?
- b. Welke partij heeft het meeste voordeel of lijdt het meeste nadeel bij het intreden van het risico?

Hier moet de discussie in mijn optiek over gaan. Niet over het opdelen van het werk in kleinere werkpakketten.

Wanneer langs de lijnen van voornoemde uitgangspunten en criteria de projectrisico's worden geanalyseerd en vervolgens bij de opdrachtgever of de aannemer worden gealloceerd, ontstaat per definitie de meeste kans op het vergroten van het aantal inschrijvers en kom je dichterbij het prijsoptimum bij inschrijving.

Bij een redelijke en billijke risicoallocatie in de aannemingsovereenkomst neemt het aantal inschrijvers in beginsel toe. Daarmee neemt ook de concurrentie toe en zullen inschrijvers minder noodzaak voelen om onnodig ruime(re) buffers in de aanbidding op te nemen. En daar heeft ook de opdrachtgever baat bij.

⁹ Brief Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat aan de Tweede Kamer d.d. 22 januari 2024, p.3.

¹⁰ Het is een willekeurig gekozen aantal ten behoeve van het voorbeeld.

¹¹ Brief Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat aan de Tweede Kamer d.d. 22 januari 2024, p.2.

¹² *Journal of the British Tunnelling Society* 1973, Vol. 5 en 1974, Vol. 6. Zie ook: M.W. Abrahamson, 'Risk Management', *International Construction Law Review* 1983, p. 241 - 244.

¹³ N. Bunni, 'The Four Criteria of Risk Allocation in Construction Contracts', *International Construction Law Review* 2009, Vol 20, Part 1, p. 6.