

Emvi-beloftes vaak gebroken: “Liegen loont”

bouwbreed Premium Cobouw 9 augustus 2018



Liegen over kwaliteitscriteria in de tenderfase loont. De winkansen zijn hoger, de controle is beperkt. Maar echt integer is het natuurlijk niet.

Het valt **jurist Joost Haest** van Severijn Hulshof advocaten op dat zowel opdrachtgevers als opdrachtnemers worstelen met het waarmaken van emvi-beloftes (**economisch meest voordelige inschrijving**) en het opleggen van boetes. Want wat als je opdrachtgever niet de goede gegevens aanlevert over de kabels- en leidingen en het werk uitloopt? Of wat als je sleutelfunctionaris echt naar Groningen verhuist?

Wat is liegen? Het grijze gebied is groot

“Er is een groot grijs gebied.” De jurisprudentie over dit onderwerp is op een hand te tellen en toch is er bijna bij elk bouwproject discussie over de naleving van de beloften die prijs/kwaliteit garanderen, weet Haest uit eigen ervaring, die meestal de belangen van aannemers verdedigt, maar ook regelmatig lezingen geeft over het onderwerp. **Jaarlijks buigt hij zich gemiddeld** over zo’n 200 aanbestedingsleidraden, bestekken en vraagspecificaties, onder meer in de hoedanigheid van **adviseur van diverse brancheorganisaties**.

Joost Haest: “Liegen loont, maar opdrachtgevers letten steeds beter op.”

Welke beloftes worden vaak gebroken?

“Dat gaat om alle soorten toezeggingen bijvoorbeeld op het gebied van omgeving, hinder en duurzaamheid of tijdige oplevering. Een versobering die we vaak zien is dat tijdens de tender een webcam met een live website en diverse bewonersavonden worden beloofd. Daarvoor in de plaats komt dan bijvoorbeeld een brief en een informatieavond. Het komt ook regelmatig voor dat ‘sleutelfunctionarissen’ die in de tender worden ingezet, tijdens de uitvoering worden vervangen door iemand anders. Afhankelijk van hoe ‘smart’ diegene is toegezegd in de tender kan dat op basis van recente rechtspraak wel voor problemen zorgen.”

Welke gebroken belofte is het meest bijgebleven?

“Het meest markante voorbeeld dat ik ken, is van een aannemer die regelmatig een tijdelijke voetgangersbrug aanbood in het kader van veiligheid om de emvi-score op te hogen. Daarvoor kreeg hij vaak het cijfer 8 of hoger. Een oplettende opdrachtgever wees hem erop dat die voetgangersbrug niet was aangelegd en de aannemer schakelde mij in om eronder uit te komen. Zo’n brug kost namelijk 26.000 euro en hij had de truc al acht keer eerder toegepast zonder dat daar ooit een haan naar had gekraaid. Tja, deze keer moest hij er toch echt aan geloven. Beloofd is beloofd.”

Dat is toch gewoon oneerlijk? Protesteert dan niemand?

“Het komt nog maar zelden tot een rechtszaak. Het is voor een verliezende partij na een aanbesteding heel lastig om aan te tonen dat een winnende partij valse beloftes doet en zo onterecht emvi-punten scoort. Opdrachtgevers constateren wel regelmatig gebroken beloftes tijdens de uitvoering en spreken bouwers daar steeds vaker op aan. Meestal worden de boetes bij de eindafrekening gebruikt als wisselgeld, bijvoorbeeld om weg te strepen tegen meerwerk.”

Is dat alles?

“**De ervaring met emvi groeit** in rap tempo en de kans om met valse beloftes weg te komen slinkt. Sinds een jaar of twee stappen steeds meer opdrachtgevers over op hulpmiddelen zoals bijvoorbeeld de emvi-keuringslijst en stelt de bouwer al tijdens de uitvoering in gebreke. Wie zijn belofte niet alsnog nakomt, krijgt een boete die 1,5 keer zo hoog is als het emvi-voordeel.”

Helpt zo’n emvi-keuringslijst?

“Dat lijkt er wel op ja. Aannemers worden voorzichtiger met wat ze allemaal beloven, als ze weten dat ze aan die beloftes worden gehouden. De opdrachtgever splitst de fictieve korting per criterium uit en maakt de belofte inzichtelijk en controleerbaar. Zo’n lijst wordt goedgekeurd door beide partijen en de opdrachtgever gebruikt de lijst tijdens de uitvoering om bij te sturen en desnoods in te grijpen met een boete.”

Maar een gebroken belofte is toch niet altijd de schuld van de aannemer?

“Zeker niet, tijdens de bouwfase gaat van alles mis. Risico’s en tegenvallers zijn lang niet altijd de aannemer te verwijten. Onverwachte dingen in de grond zoals een sanering of kabels en leidingen zijn lang niet altijd voorspelbaar. Er zijn veel twijfelgevallen, want vaak is er ook een reden waarom de aannemer van een toezegging afwijkt. Is een boete dan nog redelijk? Daar draait veel discussie om.”

Wordt zo’n boete vaak opgelegd?

“Harde cijfers zijn daar niet van, maar ik hoor steeds meer geluiden vanuit de markt dat opdrachtgevers beter opletten. Overigens zijn er ook genoeg marktpartijen die dat toejuichen, want het is behoorlijk frustrerend als een tender wordt gewonnen op loze beloftes. Zo stond er in Cobouw een verhaal over een **100 procent biobased brug in**

Leeuwarden. Een inschrijver gaf eerlijk toe dat voor constructiemateriaal 100 procent biobased onhaalbaar was en greep daarmee naast de opdracht. Tijdens de uitvoering constateerde deze verliezer dat de winnaar ook gewoon stalen schroeven gebruikte. Dan rijst de vraag of de verliezer kans had gemaakt op een schadevergoeding.”

Maar dan klopt de emvi toch ook niet als 100 procent onhaalbaar is?

“Sturen op kwaliteit kan een project verbeteren, maar er kunnen ook perverse prikkels worden ingebouwd, bijvoorbeeld als extreem wordt gelet op planning of hoge boetes staan op te laat opleveren. De verleiding om dan onverantwoorde risico's te nemen is dan groter.”

Is daar een voorbeeld van?

“Ik durf niet te beweren dat het **drama van de Julianabrug in** Alphen aan de Rijn mede is veroorzaakt door de emvi-criteria, maar daar zaten wel foute prikkels in. Zo kreeg de aannemer een fictieve korting van 5000 euro per dag dat eerder werd opgeleverd en was een fikse fictieve korting te verdienen met het plan van aanpak bij het beperken van hinder, dat ook weer grotendeels zag op spoedig opleveren. Maar op het te laat opleveren stond vervolgens een boete van 10.000 euro per dag en een eenmalige boete van 100.000 euro als de beschreven uiterste opleverdatum niet werd gehaald en dan nog een boete van 1,5 x de fictieve korting voor het plan van aanpak. Dat is dus driedubbel. Dat heeft de tijdsdruk op het project zeker verhoogd.”

Worden vaak verkeerde emvi-criteria voorgeschreven?

“Regelmatig. Maar ik zie een trend dat aannemers niet meer alles pikken. Als grote inspanningen worden gevraagd bij de tender en dat wordt nauwelijks beloond met emvi-punten, zie je steeds meer dat aannemers afhaken. Heel recent heb ik dat weer gezien bij een onderhandse aanbesteding bij een gemeente waar vijf partijen een offerte werd gevraagd. Er schreef maar een partij in.”

Zal dat vaker gebeuren?

“Ik voorspel dat komende jaren meer **aanbestedingen zullen mislukken** door hoge emvi eisen. Zeker als het onmogelijk is om je te onderscheiden. De markt is niet verplicht om in te schrijven. Het niet inschrijven is daarmee in zekere zin een machtsmiddel, maar ook een kraakhelder signaal naar de opdrachtgever dat er iets niet klopt met de tender.”

Stappen voor Emvi-keuringslijst

1. Fictieve korting van aannemer per criterium uitgesplit naar belofte
2. Emvi-keuringslijst voorgelegd aan inschrijver ter beoordeling
3. Emvi-keringslijst door beide partijen goedgekeurd
4. Primaire doel: Emvi-beloften inzichtelijk maken inclusief belang dat de OG aan beloften hecht
5. In goed overleg flexibel mee omgaan, maar bijsturen of ingrijpen met emvi-boete indien nodig.

Verkeerde emvi-voorschriften

Advocaat Joost Haest komt dagelijks onredelijke en opmerkelijke emvi-eisen tegen. Voor Cobouw zette hij drie opvallende eisen op een rij uit zijn eigen praktijk bij Severijn

Hulshof advocaten. De gouden regel is dat een redelijke eis minder vaak wordt gebroken. Hoe perverser de prikkel, hoe groter de kans dat aannemers happen, maar ook hoe groter het risico dat wordt gebroken met zo'n belofte.

1. Aanleveren revisiegegevens binnen 1 week: Anders dikke boete

De inschrijver krijgt een fictieve korting van maar liefst E 105.000,- als hij binnen een week na oplevering de revisiegegevens inlevert. Doet hij dat binnen twee weken dan is de korting E 63.000,- en zo verder. Wat gebeurt er vervolgens? Uiteraard kiezen alle inschrijvers voor aanleveren binnen 1 week met een korting van ruim 1 ton. Tijdens de uitvoering schrijft de aannemer een mailtje aan de uitvoerder dat het toch een weekje later wordt. "Dat is goed", antwoordt de directievoerder. De revisiegegevens worden dus twee weken later ingeleverd En een dikke boete van 1,5 keer de korting volgt.

2. Inschrijver controleert de juistheid van het RAW bestek

Het tweede staaltje van opmerkelijke emvi-criteria is een voorbeeld van een gemeente die bij klassiek RAW-bestek de inschrijver een fictieve emvi-korting belooft als hij zelf de compleetheid en juistheid van een RAW bestek controleert. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om precieze maatvoering van het werk en de rioolhoogte. De eis is onredelijk omdat bij een klassiek bestek de opdrachtgever verplicht is correcte gegevens aan te leveren. Ten tweede krijgt de inschrijver grote problemen als tijdens de uitvoering toch afwijkingen ontstaan. De opdrachtgever kan in dat geval antwoorden dat de inschrijver zelf alles heeft gecontroleerd en dus geen recht (meer) heeft op bijbetaling of meerwerk.

3. Inschrijver bepaalt zelf de hoogte van de emvi boete

Een derde sprekend voorbeeld gaat over een opdrachtgever die vindt dat aannemers zelf verantwoording moeten nemen. Normaal is de emvi-boete 1,5 keer de korting, maar in dit geval moet de bouwer zelf de hoogte van de boete bepalen. Zo'n eis rammelt aan twee kanten. Ten eerste is het vreemd dat inschrijvers zelf hun 'straf' moeten bedenken en ten tweede is het vreemd dat onbekend blijft hoe een overtreding wordt beoordeeld. De letterlijke tekst: *"Projectplan beheersing: Aanbesteder hecht waarde aan een aannemer die verantwoordelijkheid neemt en afspraken na komt. De inschrijver toont zijn toegevoegde waarde aan door aan te geven op welke wijze hij invulling geeft aan bovengenoemd doel en onderstaande deelaspecten: Op welke manier u het aangeboden in het projectplan gaat naleven, zonder dat daar toezicht of handhaving vanuit de Directie voor nodig is. Welke boetebeding u zich zelf oplegt indien daar van wordt afgeweken of afspraken niet nagekomen worden."*