

VOORGESCHREVEN BOUWSTOFFEN

Over de consequenties van het voorschrijven van bouwstoffen met fabrikantnaam en -type¹⁾ bestaat nog veel onbegrip. In dit artikel worden aan de hand van een (vereenvoudigd) praktijkgeval de verschillende aspecten van het voorschrijven van de fabrikant nog eens uiteengezet.

Case:

Voorgescreven warmtepomp

Voor een bedrijfsgebouw is door de adviseur van de opdrachtgever een waterverwarmings- en koelinstallatie installatie ontworpen. De warmtepomp, die deel uitmaakt van deze installatie is in het bestek voorgescreven met naam van de fabrikant en type-aanduiding. Na oplevering en tijdens de onderhoudsperiode blijkt de installatie wat betreft de voorgescreven warmtepomp niet te voldoen, door het ontstaan van vervuiling bij gebruik langer dan acht uur per dag. De aannemer wijst de verantwoordelijkheid voor deze (functionele) ongeschiktheid van de warmtepomp van de hand, en is daarom van mening dat hij geen verantwoordelijkheid draagt voor het aan de dag getreden gebrek en niet gehouden is dit te herstellen.

Het aanduiden van bouwstoffen met fabrikantnaam en de U.A.V.

U.A.V. §5 lid 4 luidt: "De opdrachtgever is aansprakelijk voor de functionele ongeschiktheid:

a. van door hem voorgescreven bouwstoffen;

b. van bouwstoffen, die bij een door hem voorgescreven leverancier moeten worden betrokken, tenzij de aannemer een keuzemogelijkheid had, met betrekking tot deze bouwstoffen.

Onder de functionele ongeschiktheid van bouwstoffen wordt verstaan het naar hun aard niet geschikt zijn van deze bouwstoffen voor het doel waarvoor zij blijkens het bestek zijn bestemd."

U.A.V. 2011 §5 lid 4 ²⁾: "De opdrachtgever is aansprakelijk voor de functionele ongeschiktheid van door hem voorgescreven bouwstoffen." (in de U.A.V. 2011 zal het verschil tussen de voorgescreven leverancier en de voorgescreven aannemer worden opgeheven).

De opdrachtgever is dus aansprakelijk voor de "functionele ongeschiktheid van door hem voorgescreven bouwstoffen". Dit leidt ertoe, dat veel bestekschrijvers

menen zich in te moeten indekken tegen eventuele aansprakelijkheidsstelling met de aanduiding "of gelijkwaardig". De mogelijkheid tot het aanbieden van een gelijkwaardige bouwstof door de aannemer wordt in de U.A.V. reeds geboden in §17 lid 5: "Indien de directie zulks goed vindt, zal de aannemer in plaats van met een fabrieksnaam aangeduide bouwstoffen andere mogen leveren, mits van overeenkomstige hoedanigheid." In de U.A.V. 2011 wordt aan deze bepaling nog een tweede zin toegevoegd naar aanleiding van de inmiddels in de praktijk gegroeide jurisprudentie "De directie onthoudt de goedkeuring niet op onredelijke gronden."

De toevoeging "of gelijkwaardig" achter een met fabrikantnaam aangeduide bouwstof is - blijkens een uitspraak van de Raad van Arbitrage - niet altijd voldoende om te voorkomen dat de met fabrikantnaam aangeduide bouwstof als "voorgescreven" wordt beschouwd ³⁾ Bovendien rijst de vraag of in geval van "of gelijkwaardig" het de aannemer niet zonder meer is toegestaan een gelijkwaardige bouwstof, maar een andere dan voorgescreven, toe te passen. U.A.V. 2011: "Indien de directie zulks goed vindt, zal de aannemer in plaats van met een fabrieksnaam aangeduide bouwstoffen andere mogen leveren, mits van overeenkomstige hoedanigheid. De directie onthoudt de goedkeuring niet op onredelijke gronden."

Een bouwstof zal door de professionele bestekschrijver overigens nooit zonder reden met fabrikantnaam in het bestekboek worden aangeduid. De BNB Richtlijn ⁴⁾ zegt daarover "Indien het gebruik van gecertificeerde of genormeerde processen en bouwstoffen niet mogelijk is, of als esthetische en/of functionele eisen zich daartegen verzetten kan bij de beschrijving gebruik worden gemaakt van fabrikant-en/of leveranciergebonden processen en bouwstoffen."

Bovendien is het ook goed mogelijk dat een opdrachtgever (om hem moverende redenen) de voorkeur geeft aan een bouwstof van een bepaald fabriekaart. Een recht, dat hem moeilijk ontzegd kan worden!

In de gevallen waarin er voor wordt gekozen een bouwstof met fabrikantnaam aan te duiden zal de bestekschrijver zich terdege moeten vergewissen van de functionele geschiktheid daarvan in het werk. Teneinde discussie omtrent "... onredelijke gronden" te voorkomen, kan voor een bepaalde bouwstof in het bestek nog worden bepaald, dat "voor deze bouwstof kan geen gelijkwaardig product worden toegepast."

BESTEK

Door: ir. S.W. (Sietze) Wierda namens BNB



Het aanduiden van bouwstoffen met fabrikantnaam en de Richtlijn 2004/18/EG Overheidsinstellingen⁵⁾ zijn onderworpen aan de bepalingen van de Richtlijn 2004/18/EG. Het Aanbestedingsreglement Werken 2005 (ARW 2005) bepaalt, in aansluiting op de Richtlijn voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken ten aanzien van het gebruik van fabrikantnamen het volgende:

“De aanbesteder maakt in de technische specificaties geen melding van een bepaald fabrikaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze, noch van een verwijzing naar een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd, tenzij dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd wordt.” (o.a. 2.5.9)

“De aanbesteder mag de melding of verwijzing, bedoeld in artikel 2.5.9, opnemen in de technische specificatie wanneer:

a. een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht niet mogelijk is door toepassing van artikel 2.5.2, en

b. deze melding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden ‘of gelijkwaardig.’” (o.a. 2.5.10).

De praktische consequenties van de Richtlijn en het ARW zijn voor de bestekschrijver niet zo heel veel anders dan die van de U.A.V. De regeling houdt afgezien van de verplichte vermelding van “of gelijkwaardig”⁶⁾ weinig anders in dan die van de BNB Richtlijn 01. Ook de mogelijkheid tot het vermelden van “... voor deze bouwstof kan geen gelijkwaardig product worden toegepast” is naar onze mening toegelaten op basis van het laatste zinsdeel van ARW 2.5.9. Geen van de inschrijvende aannemers zal door deze bepaling worden benadeeld⁷⁾.

De aansprakelijkheid van opdrachtgever en aannemer voor de functionele ongeschiktheid

In het beschreven project doet zich ondanks het zorgvuldige handelen van ontwerper en bestekschrijver toch een probleem voor met betrekking tot de functionele geschiktheid van de voorgeschreven warmtepomp. De toepassing van een betrekkelijk nieuwe techniek kan hiervan misschien de oorzaak zijn.

Hoewel de opdrachtgever aansprakelijk is voor de functionele geschiktheid van de warmtepomp, rust op de aannemer ingevolge U.A.V. §6 lid 14 de verplichting de

directie te wijzen op de functionele ongeschiktheid van de met fabrikantnaam aangeduide bouwstoffen: *“Indien de constructies, werkwijzen, orders en aanwijzingen, bedoeld in §5, tweede lid, dan wel de bouwstoffen of hulpmiddelen, bedoeld in §5, derde lid, klaarblijkelijk zodanige fouten bevatten of gebreken vertonen, dat de aannemer in strijd met de goede trouw zou handelen door zonder de directie daarop te wijzen tot uitvoering van het desbetreffende onderdeel van het werk over te gaan, is hij voor de schadelijke gevolgen van zijn verzuim aansprakelijk. Het in dit lid bepaalde is van overeenkomstige toepassing op de in § 5, vierde en vijfde lid, bedoelde gevallen.”*

Dat de aannemer op de hoogte was van de functionele ongeschiktheid van de voorgeschreven warmtepomp bleek uit de door de hem opgevoerde correspondentie met de fabrikant/leverancier. De aannemer had kunnen en moeten waarschuwen voor de functionele ongeschiktheid van de warmtepomp, alvorens tot uitvoering van het desbetreffende onderdeel van het werk over te gaan. Waarschuwen op het moment dat zich in de onderhoudsperiode een gebrek voordoet is duidelijk te laat. Het lijkt erop, dat de aannemer daarmee aansprakelijk is voor de *“schadelijke gevolgen van zijn verzuim”*.

Conclusie

Indien de aannemer tijdig (dus voor uitvoering van de desbetreffende werkzaamheden) zou hebben gewaarschuwd voor de functionele ongeschiktheid van de warmtepomp, zou een bestekwijziging naar een andere warmtepomp of een wijziging van de opzet van de installatie uitkomst hebben kunnen bieden. Uiteraard zouden daarbij de kosten van die bestekwijziging voor rekening van de opdrachtgever zijn gekomen.

Dat geldt ook voor de onderhoudsperiode. De extra kosten van het wijzigen van de (opzet van) de installatie na oplevering zullen echter voor rekening van de aannemer moeten komen. ■

‘Er doet zich toch een probleem voor met de functionele geschiktheid van de voorgeschreven warmtepomp.’

uitleg

¹⁾ Zie het artikel “Het gebruik van fabrikantnamen in het bestek” in STABU-bulletin januari 2004.

²⁾ De citaten uit de U.A.V. 2011 zijn ontleend aan het tekstvoorstel van het Instituut voor Bouwrecht, d.d. 11 november 2010.

³⁾ Zie de “BNA-voorbeeldbepalingen en toelichting”, Amsterdam mei 1992.

⁴⁾ BNB richtlijn 01, versie 1.0b, d.d. 15 mei 2006.

⁵⁾ De Richtlijn 2004/18/EG bevat in bijlage II een (niet limitatief) overzicht van de publiekrechtelijke instellingen categorieën van publiekrechtelijke instellingen die onderworpen zijn aan de verplichtingen volgens de Richtlijn.

⁶⁾ Inmiddels is gebleken dat in de jurisprudentie (door de gewone rechter) het begrip “gelijkwaardig” zeer strikt wordt gehanteerd.

⁷⁾ Zie het artikel onder ¹⁾. Schrijver is omtrent enige jurisprudentie of publicaties waarin deze opvatting wordt bestreden niets bekend.