

Neem bijvoorbeeld sonderingsgegevens. Het komt vaak voor dat een Opdrachtgever daarover slechts beperkt beschikt en deze dus ook slechts beperkt bij de aanbestedingsstukken verstrekt. Gesteld zou kunnen worden dat volledige sonderingsinformatie wel noodzakelijk is om Opdrachtnemer in staat te stellen het Werk te realiseren. Daar waar de Opdrachtgever niet over deze informatie beschikt omdat hij slechts beperkt sonderingsonderzoek heeft verricht, bestaat de informatieplicht voor de Opdrachtgever op grond van § 3 lid 1 UAV-GC echter niet. Lees dan een ander deel van de toelichting op de UAV-GC, namelijk dat deel waarin staat vermeld:

“In de regel zal informatie waarvan het ter beschikking stellen voor de Opdrachtnemer noodzakelijk is, tevens informatie zijn die deze nodig heeft om een verantwoorde Aanbieding te kunnen doen. Die informatie zal dan in de regel reeds in de aanbestedingsfase door de Opdrachtgever aan de Opdrachtnemer zijn overhandigd.”<sup>4</sup>

In dit deel van de toelichting wordt verondersteld dat noodzakelijke informatie, (in de regel) informatie is die de inschrijver nodig heeft om een verantwoorde bieding te kunnen doen. Mijn indruk is dat hier in de praktijk vaak een spanningsveld ontstaat. Ook jurisprudentie wijst uit dat in veel gevallen, informatie waarvan zeker gesteld kan worden dat deze nodig was geweest om een verantwoorde aanbieding te kunnen doen, niet als informatie wordt gekwalificeerd die valt binnen de informatieplicht van de Opdrachtgever uit § 3 lid 1 UAV-GC.

3. Ook in het geschil dat heeft geleid tot de uitspraak van 24 augustus 2017<sup>5</sup> stelde de Opdrachtnemer dat de informatie die Opdrachtgever in de aanbestedingsfase had verstrekt, te beperkt was.<sup>6</sup> Het ging in dit geschil – u raadt het al – om informatie over de bodemopbouw. Het geschil ging over een werk dat bestond uit het ontwerpen en realiseren van vier onderdoorgangen (twee onder de weg en twee onder het spoor, ook genoemd kunstwerk/KW 1 t/m 4)) bij een knooppunt Y. (ergens in het noorden van het land). Bij de vierde Nota van Inlichtingen waren sonderingsgegevens verschaft, maar had Opdrachtgever ook opgemerkt dat het gegadigden was toegestaan aanvullend onderzoek uit te voeren. Aandachtspunt daarbij was blijkens de Nota van Inlichtingen wel, dat water afsluitende lagen niet geperforeerd mochten worden en dat buiten de geplande ontgravingen geboord diende te worden. Andere belemmering met het oog op uit te voeren onderzoek was, dat Opdrachtgever nog niet alle gronden waarop/waarin gewerkt moest gaan worden in eigendom had verkregen. Opdrachtnemer schreef in zonder in de aanbestedingsfase nader bodemonderzoek uitgevoerd te hebben.

Bijzonderheid was wel dat Opdrachtnemer in zijn inschrijving (in UAV-GC terminologie: “Aanbieding”) – in het Risi-

## Noot

1. Hoe ver reikt de informatieplicht van opdrachtgevers van UAV-GC contracten? § 3 lid 1 UAV-GC bepaalt dat de Opdrachtgever ervoor moet zorgen dat de Opdrachtnemer tijdig beschikt over (i) *alle informatie waarover de Opdrachtgever zelf beschikt*; (ii) voor zover het ter beschikking stellen daarvan *noodzakelijk is om de Opdrachtnemer in staat te stellen het Werk en het Meerjarig Onderhoud conform de Overeenkomst te realiseren*. In de toelichting van het CROW wordt daar nog een schepje bovenop gedaan door aan te geven dat de informatieverplichting van de Opdrachtgever alleen zou bestaan als (iii) *de Opdrachtnemer niet over de mogelijkheid beschikt de informatie zelfstandig via andere kanalen te verkrijgen*.<sup>2</sup> Dit vereiste zoals in de toelichting verwoord, heeft de Raad van Arbitrage voor de Bouw al meerdere keren toegepast.<sup>3</sup>

2. Een informatieplicht van de Opdrachtgever is in de jurisprudentie over UAV-GC contracten tot nu toe niet vaak aangenomen. Dat betekent dat van inschrijvers op aanbestedingen – die goed inzicht willen hebben in de risico's die samenhangen met de uitvoering van een werk en dat in hun prijs willen verdisconteren – kennelijk wordt verwacht dat zij tijdens de (vaak relatief korte) aanbestedingsfase zelf (veel) informatie moeten vergaren daar waar de Opdrachtgever die informatie niet verstrekt.

2 Zie toelichting bij Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005, CROW februari 2005, p. 32.

3 Zie bijvoorbeeld Raad van Arbitrage voor de Bouw 29 april 2014, nr. 34.427 (“Spoorvernieuwing/niet voldaan aan criterium noodzakelijkheid informatie”), alinea 26-29 en Raad van Arbitrage voor de Bouw 30 mei 2013, nr. 32.994 (“Ter beschikking gestelde K&L-inventarisatie onvolledig”), alinea 12.

4 Zie toelichting bij Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005, CROW februari 2005, p. 32.

5 Raad van Arbitrage voor de Bouw 24 augustus 2017, nr. 35.630 (“Nader bodemonderzoek”).

6 Zie alinea 23, laatste zin.

comanagementplan – had opgenomen dat Oprachtnemer in de ontwerpfase aanvullend grondonderzoek diende uit te voeren zodanig dat de ontwerpwerkzaamheden conform de vigerende normen konden worden uitgevoerd. Dit aanvullende onderzoek had Oprachtnemer gepland in de periode 5-19 december 2011.<sup>7</sup> Oprachtnemer diende de inschrijving in op 23 september 2011. Het werk is op 10 november 2011 aan Oprachtnemer opgedragen.

4. In het aanbiedingsontwerp ging Oprachtnemer uit van een op staal gefundeerde tunnelbak (hierna: "Ontwerp oplossing 1"). Vrij vlot na definitieve gunning, in januari 2012, stapte Oprachtnemer echter over op een ontwerp van een hoog gefundeerd dek op palen (hierna: "Ontwerp oplossing 2"). Deze ontwerpswitch maakte Oprachtnemer zonder daaraan voorafgaand aanvullend bodemonderzoek te verrichten, terwijl de Oprachtnemer blijkens zijn Aanbieding wel het voornemen had aanvullend onderzoek te verrichten in december 2011.<sup>8</sup> Pas in februari 2012 verrichte Oprachtnemer een eerste aanvullend onderzoek. Een tweede aanvullend onderzoek volgde in april 2012, nadat de Oprachtgever alle gronden in eigendom had verkregen.

5. Naar aanleiding van de uitkomsten van het tweede aanvullend onderzoek had Oprachtnemer vanwege de toen blijkende bodemopbouw het palenontwerp, Ontwerp oplossing 2, verlaten. Het definitieve ontwerp dat Oprachtnemer op 10 augustus 2012 indiende, betrof (wederom) een ontwerp gebaseerd op een op staal gefundeerde tunnelbak (dus terug naar Ontwerp oplossing 1). Daarbij diende een voorbouw- en ontvangstkuip gemaakt te worden ten behoeve van de realisatie van KW 4. Daarnaast konden KW 4 en KW 2 niet zoals aanvankelijk gepland in één buitendienststelling worden uitgevoerd en werd de realisatie van KW 2 verplaatst naar een tweede buitendienststellingsperiode. Oprachtnemer had naast de aanpassing van het ontwerp voor de kunstwerken, ook de polderconstructies anders moeten ontwerpen en gaf aan dat hij tegen zijn verwachting in, ten behoeve van de polderconstructie ook zogenaamde 'ontlastbronnen' moest gaan toepassen.

6. Oprachtnemer vorderde meerkosten vanwege het volledig herzien van het ontwerp van de kunstwerken, waaronder ook het moeten realiseren van kunstwerk KW 2 in de geplande tweede buitendienststelling de meerkosten van toe te passen ontlastbronnen en het realiseren van de bouw- en ontvangstkuip.

Volgens Oprachtnemer kon in de aanbestedingsfase en in de periode na gunning, niet zonder meer overal bodemonderzoek worden verricht, hetgeen hij opwierp om aan te geven dat hij ten tijde van de ontwerpswitch nog maar (deels) kon beschikken over bodemopbouw informatie. Pas op

15 maart 2012 waren alle gronden in eigendom van de Oprachtgever. Ook golden de aandachtspunten dat waterafsluitende lagen niet geperforeerd mochten worden en dat buiten de geplande ontgravingen moest worden geboord. In en bij het spoor kon pas onderzoek worden gedaan na toestemming van G., waarvoor eerst een drie maanden durend aanvraagtraject moest worden doorlopen.

Oprachtnemer stelde in het licht van deze feiten dat hij alle voorzorgsmaatregelen had genomen die, gegeven de aard en inhoud van de overeenkomst, de aard van het werk, (...) en de overige omstandigheden van het geval van een zorgvuldig Oprachtnemer verwacht mogen worden ter voorkoming van vertraging, schade of gebreken. Oprachtnemer deed daarbij een beroep op § 13 lid 2 jo. § 44 UAV-GC. Deze eerst genoemde paragraaf gaat over bodemaspecten. Het eerste lid bepaalt dat de Oprachtnemer verantwoordelijk is voor de afstemming van de Werkzaamheden op de bodemgesteldheid. Als in dat kader vertraging of schade ontstaat, is de Oprachtnemer daarvoor aansprakelijk, behoudens het bepaalde in lid 2. In lid 2 is bepaald dat deze "aansprakelijkheid (...) vervalt als hij [de Oprachtnemer] aantoont dat hij ter voorkoming van vertraging, schade of gebreken alle voorzorgsmaatregelen heeft genomen (...) die van een zorgvuldig Oprachtnemer verwacht mogen worden".

7. Arbiters stellen allereerst vast dat Oprachtnemer de koppeling tussen § 13 lid 2 UAV-GC en § 44 lid 1 sub a UAV-GC niet terecht legt. In § 44 lid 1 is bepaald dat Oprachtnemer uitsluitend recht heeft op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging als "a) deze UAV-GC daar uitdrukkelijk in voorzien en onder de voorwaarde dat kosten en/of vertraging hun oorzaak vinden in een omstandigheid die niet aan de Oprachtnemer kan worden toegerekend". § 44 lid 1 sub a UAV-GC is niet van toepassing nu § 13 lid 1 en 2 UAV-GC geen uitdrukkelijke verwijzing naar § 44 lid 1 UAV-GC bevatten. Arbiters markeren dat die verwijzingen wel zijn opgenomen in § 13 lid 5 (bodemverontreiniging) en § 13 lid 7 (in de bodem gevonden voorwerpen).<sup>9</sup> Een beroep op § 44 lid 1 sub a UAV-GC slaagt aldus niet.

8. Arbiters stellen verder vast dat de door Oprachtgever in de aanbestedingsfase verstrekte informatie weliswaar beperkt was, maar correct.<sup>10</sup> Een schending van de informatieplicht uit § 3 lid 1 UAV-GC wordt daarmee (impliciet) ook niet aangenomen. In dat (impliciete) oordeel lijken arbiters mee te wegen dat Oprachtnemer zich in de aanbestedingsfase niet had beklaagd over de beperkte mogelijkheden van relevant bodemonderzoek in die fase en onvoorwaardelijk had ingeschreven. Dat Oprachtnemer onvoorwaardelijk had ingeschreven, was overigens nodig om – aanbestedingsrechtelijk gezien – een geldige inschrijving te doen. In dat licht is deze overweging van arbiters wel opmerkelijk. Dit neemt evenwel niet weg dat Oprachtnemer in de aanbestedingsfase wel expliciet vragen had kunnen stellen en opmerkingen had kunnen plaatsen, hetgeen kennelijk niet was gebeurd. Dit maakt volgens

7 Zo is te lezen in alinea 14. In de opsomming van de feiten in alinea 6, sub t staat vermeld dat dit was gepland in december 2012. Dit lijkt echter een verschrijving te zijn.

8 De vraag of Oprachtnemer deze switch nog kon maken, bijvoorbeeld vanwege het bepaalde in § 15 UAV-GC komt niet aan de orde. Uit de gepubliceerde uitspraak wordt niet duidelijk of het aanbiedingsontwerp ook daadwerkelijk deel uitmaakte van de Aanbieding.

9 Raad van Arbitrage voor de Bouw 24 augustus 2017, nr. 35.630 ("Nader bodemonderzoek"), alinea 21-22.

10 Raad van Arbitrage voor de Bouw 24 augustus 2017, nr. 35.630 ("Nader bodemonderzoek"), alinea 23.

arbiters dat ook de situatie als beschreven in § 44 lid 1 sub b UAV-GC niet aan de orde was. Volgens arbiters was aldus geen situatie aan de orde waarin kosten en/of vertraging hun oorzaak vinden in een omstandigheid waarvoor Opdrachtgever krachtens de Overeenkomst verantwoordelijk is en waarvoor Opdrachtnemer niet behoefde te waarschuwen. Het beroep op § 44 lid 1 sub b UAV-GC strandt daarmee ook.

9. Ten aanzien van het beroep op § 44 lid 1 sub c UAV-GC overwegen arbiters dat zich geen onvoorziene omstandigheid had voorgedaan van dien aard dat Opdrachtgever naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag verwachten dat de overeenkomst ongewijzigd in stand zou blijven.<sup>11</sup> Arbiters oordelen dat het relevante onderzoek, te weten met name het onderzoek in het spoor, eind februari 2012 of in ieder geval begin maart 2012 had kunnen plaatsvinden. Dit onderzoek vond pas op 1 juli 2012 plaats. Dat Opdrachtnemer daarvoor al was overgestapt Ontwerpoplossing 2, dient voor risico van Opdrachtnemer te blijven. Opdrachtnemer had in die periode op basis van de bij aanbesteding verstrekte summier gegevens Ontwerpoplossing 2 uitgewerkt en nam daarmee het risico dat die keuze niet de juiste was. De achteraf door Opdrachtnemer als onvoorzien ervaren bodemopbouw, had voorzien kunnen zijn als Opdrachtnemer tijdig bodemonderzoek had verricht en tijdig melding had gemaakt bij Opdrachtgever (zowel tijdens aanbestedingsfase als daarna) van de belemmeringen in dit verband.

10. De ontwerpverantwoordelijkheid en afstemming van het ontwerp op de geotechnische gesteldheid van de bodem lagen bij Opdrachtnemer. Door het niet tijdig uitvoeren van geotechnisch bodemonderzoek heeft Opdrachtnemer met haar keuze voor het palenontwerp in januari 2012 een verkeerde inschatting gemaakt voor de afstemming van haar ontwerp op de bodemgesteldheid.

Specifiek in het kader van de noodzakelijk gebleken toepassing van ontlastbronnen overwegen arbiters nog dat op basis van de beperkte informatie die in de aanbestedingsfase beschikbaar was, Opdrachtnemer kon weten of behoorde te weten dat sprake was van een sterk variabele bodemopbouw. In de sector waarin Opdrachtnemer werkzaam is, zou bovendien algemeen bekend zijn dat het ter plaatse van het werk gebruikelijk is ontlastbronnen toe te passen. Arbiters zien dit als een normaal voor Opdrachtnemer te verwachten risico dat Opdrachtnemer in haar prijs had moeten verdisconteren.

Daarbij merken arbiters (ten overvloede) op dat Opdrachtnemer zijn aanspraak op bijbetaling vanwege het moeten toepassen van ontlastbronnen te laat heeft gemeld bij Opdrachtgever. Eind augustus 2014 bleek toepassing hiervan nodig, terwijl op 27 november 2014 (aldus zo'n drie maanden daarna) een meerwerkmelding was gedaan. Kennelijk menen arbiters dat Opdrachtnemer hiermee niet had vol-

daan aan de bekwame-spoed vereisten uit § 44 lid 2 en 5 UAV-GC.<sup>12</sup>

11. Alles overziende denk ik dat het oordeel van arbiters past binnen de risicoverdeling van de UAV-GC. De omstandigheden dat Opdrachtnemer (i) in zijn aanbestedingsontwerp ook al uitging van Ontwerpoplossing 1; en (ii) ook zelf in zijn Aanbieding had onderkend dat aanvullend bodemonderzoek nodig was, dit had ingepland voor eind 2011 doch dat uiteindelijk niet uitvoerde zodra dat mogelijk zou zijn geweest, maken dat ik het oordeel van arbiters goed kan plaatsen. De uitspraak onderstreept de pro-activiteit die van Opdrachtnemers in het kader van UAV-GC contracten wordt gevergd. Zie daarvoor de overweging dat Opdrachtnemer in de aanbestedingsfase al vragen had moeten stellen, kennelijk meteen na gunning procedures ten behoeve van toestemmingen die nodig waren voor het uitvoeren van aanvullend onderzoek had moeten opstarten en ook zijn aanspraak op bijbetaling vanwege toepassing van ontlastbronnen veel eerder had moeten melden. Omstandigheden worden niet snel als onvoorzien bestempeld, reden waarom een opdrachtnemer in het kader van UAV-GC contracten weinig aan het toeval zou moeten overlaten.

*L.E.M. Haverkort*

11 Recente uitspraken van de Raad van Arbitrage voor de Bouw waarin wel een aanspraak op basis van § 44 lid 1 sub c (onvoorziene omstandigheden) zijn: Raad van Arbitrage 6 februari 2017, nr. 35.620 ("Bovenbouwvernieuwing spoor"), alinea 52 en Raad van Arbitrage 18 oktober 2017, nr. 35.676 ("Renovatie sluis"), alinea 36.

12 Zie ook Raad van Arbitrage 18 september 2014, nr. 33.764 ("Oplevering of geen oplevering"), alinea 60 voor toepassing van deze bekwame spoed vereisten uit § 44 lid 2 en 5 UAV-GC.