

Kroniek UAV-GC uitspraken 2020

BR 2021/28

1. Inleiding

In navolging op de kronieken UAV-GC uitspraken 2017 (BR 2018/17), 2018 (BR 2019/18) en 2019 (BR 2020/24), brengen wij opnieuw de kroniek UAV-GC uitspraken over het voorgaande jaar uit. In deze kroniek bespreken wij veertien arbitrale en civiele uitspraken, waarvan er dertien in 2020 zijn geweest.² Eén vonnis is in 2019 geweest, maar pas na het verschijnen van de vorige kroniek gepubliceerd.³ Wij bespreken deze uitspraken aan de hand van een aantal thema's, te weten:

- 1 De kenmerken van een UAV-GC overeenkomst.
- 2 Informatieverstrekking en aanspraken.
- 3 (Souplesse bij) Wijzigingen.
- 4 Kosten- en schadevergoeding en termijnsverlenging.
- 5 Vervroegde ingebruikname en oplevering, gebreken in opgeleverd werk.
- 6 Varia.

Enkele vonnissen komen bij meerdere thema's aan de orde. Naar de begrippen Opdrachtgever en Opdrachtnemer verwijzen wij als OG en ON. Omdat de UAV-GC 2005 de enige versie van deze set algemene voorwaarden is die in de jurisprudentie in 2020 aan de orde is geweest, laten wij het jaartal 2005 in deze kroniek achterwege.

Vanuit de jurisprudentie van afgelopen jaar signaleren wij enkele zaken. In het merendeel van de geschillen blijken meerdere (tussen)uitspraken nodig voordat een eindbeslissing wordt genomen. Aard, omvang en complexiteit van de geschillen zullen daarin ongetwijfeld een rol spelen. Informatieverstrekking blijft een belangrijke bron van geschillen. In het afgelopen jaar stond de aard van de informatie centraal (bindend vs. informatief), net als de volledigheid en juistheid ervan. In een zaak bij de civiele rechter werd ongerechtvaardigde verrijking aan de zijde van OG aangenomen

in een situatie dat ON enkele jaren na de oplevering van het werk herstelwerkzaamheden heeft verricht van gebreken die waren ontstaan vanwege fouten in het ontwerp dat afkomstig was van OG.

Daarnaast speelt de inhoud van de Aanbieding van ON in diverse kwesties een (bepalende) rol. Dat is het geval in een vonnis waarin ON volgens arbiters ten onrechte zijn werkzaamheden had stil gelegd in afwachting van instructie/het opdragen van een Wijziging door OG. Verder komen voor het voetlicht met de oplevering verwante thema's, met name de vervroegde ingebruikneming en de verborgen gebreken-regeling.

Naar verwachting verschijnt in 2021 een herziene versie van de UAV-GC, aangezien de consultatie van de herziene versie van de UAV-GC in februari 2021 is gestart.⁴ Verschillende van de genoemde thema's/knelpunten uit de jurisprudentie in 2020, keren terug in de voorstellen voor de herziening van de UAV-GC. Hierbij springt het onderwerp informatieverstrekking door OG wel het meest in het oog. Onze hoop was dat de herziene UAV-GC een kentering zou kunnen teweegbrengen in het aantal geschillen dat hierom draait en/of kan leiden. De consultatieversie van de herziene UAV-GC stemt ons op dit punt helaas weinig gerust. De algemeen geformuleerde opdrachtgeversverplichtingen bieden wat ons betreft namelijk nog steeds te veel ruimte voor discussie. Mogelijk dat hierop naar aanleiding van de consultatieronde nog een verduidelijkingslag wordt geslagen.

2. De kenmerken van een UAV-GC overeenkomst

In dit eerste thema staan wij stil bij de wijze van specificeren in en de totstandkoming van een UAV-GC overeenkomst.

2.1 De beerput en D&C light

Vorig jaar bespreken wij de kwestie betreffende het werk 'voetgangerstunnel onder station Gorinchem'.⁵ In het vonnis dat in 2019 verscheen⁶ stond omschreven dat ON (Ballast Nedam) de werkzaamheden had gestaakt: de uitvoering van het Werk lag sinds eind februari 2019 stil. OG (ProRail) wenste daarop een voorlopige voorziening, die ON ertoe moest bewegen het Werk uit te voeren en zijn verplichtingen na te komen. Arbiters kwamen toen niet toe aan een inhoudelijk oordeel omdat het spoedeisend belang niet was komen vast te staan en het geschil te complex en omvangrijk was om in kort geding te beslechten. Op de overeenkomst – die in 2020 opnieuw onderwerp was van

1 Mr. L.E.M. Haverkort, mr. H. Plas, mr. R. van Cooten en mr. S.S. Schouten zijn werkzaam bij Infense advocaten te Deventer.

2 Er zijn afgelopen jaar uitspraken verschenen waarin de UAV-GC worden genoemd, maar waarin deze kennelijk geen inhoudelijke rol van betekenis hebben gespeeld. In Hof Den Haag 10 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1342 stond in een verzekeringskwestie het begrip 'onderhoudstermijn' centraal, waarbij appellant verwijst naar de betekenis die volgt uit de UAV 2012 en UAV-GC. In Rb. Midden-Nederland 24 januari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:239 speelden de UAV-GC een rol in de feitschets bij een aanbestedingsgeschil. In Rb. Den Haag 18 maart 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:2774 discussieerden partijen over de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst, waarbij in de feitschets wordt verwezen naar § 40 lid 6 UAV-GC. In het in 2020 gepubliceerde advies nr. 515 d.d. 20 december 2019, laat de Commissie van Aanbestedingsexperts een mogelijke inbreuk op art. 1.10 lid 4 Aanbestedingswet onbesproken ter zake het integraal toepassen van de UAV-GC (Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit).

3 Het vonnis van het Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao d.d. 14 november 2019, ECLI:NL:OGECAC:2019:334 is op 18 mei 2020 gepubliceerd.

4 Op 16 februari jl. is de herziene versie van de UAV-GC ter visie gelegd via het CROW, zie www.crow.nl.

5 BR 2020/24, § 1.2.

6 RvA 12 juli 2019, nr. 36.697 (kort geding).

geschild⁷ – zijn de UAV-GC van toepassing, inclusief het Gele Boekje. OG had het werk aanbesteed volgens de Design & Construct Light-Methodiek (D&C Light). In de betreffende brochure staat vermeld:⁸

“[...] Bij D&C Light is onze eisenspecificatie gebaseerd op een uitgewerkt ontwerp waarbij wij de risico's reeds hebben benoemd. Anders gezegd: bij een standaard D&C aanbesteding zetten we een probleem in de markt, bij D&C Light leveren we de oplossing er al deels bij. U hoeft bij D&C Light nauwelijks ontwerpinspanningen meer te doen om tot een aanbidding te kunnen komen. De ontwerprijheden zijn: de detail-engineering van de constructie, de mootlengte-verdeling van de constructie, de uitvoeringsmethodiek en de bouwlogistiek. Maar als u dat zelf zou willen, kunt u ook met alternatieve ontwerp-oplossingen en uitvoeringsmethoden komen. D&C Light geeft u de keus. [...] U krijgt zodanige informatie dat u in korte tijd, zonder veel inspanningen, een aanbidding kunt opstellen. U krijgt voldoende duidelijkheid over de scope van het project en over de eisen die we aan de constructie stellen. [...]”

Contractuele opleverdatum betrof 1 december 2019, welke datum inmiddels niet meer haalbaar was. ON stelt dat het werk binnen de Trein Vrije Periode (“TVP”) -planning niet realiseerbaar zou zijn, vanwege een grondwaterverontreiniging en in het werkterrein aangetroffen putten. In de spoedbodempcedure vordert OG (onder meer) nakoming van de overeenkomst binnen een redelijke termijn, met oplevering uiterlijk op 1 december 2021, zonder additionele betalingen. Uitkomst is dat arbiters ON veroordelen het werk op uiterlijk 1 december 2021 op te leveren. Dit vonnis bevat diverse passages die in het kader van meerdere thema's besproken worden (zie hierna § 3.3 en § 4.1).

ON doet een beroep op de aard en de kenmerken van de D&C Light methodiek. Dat leidt in dit geval niet tot bijval van arbiters, omdat de gestelde uitvoeringsproblemen door OG en arbiters worden geplaatst in de sleutel van de uitvoeringsmethodiek en bouwlogistiek. Ook bij D&C Light behoren uitvoeringsmethodiek en bouwlogistiek tot de keuzevrijheid (en verantwoordelijkheid) van ON. Arbiters overwegen dat in de brochure duidelijk staat omschreven wat een D&C Light contract inhoudt. Er is niet iets wat daarvan afwijkt in de markt gezet. De eisenspecificatie is gebaseerd op een uitgewerkt ontwerp waarbij de risico's zijn benoemd. Dat wil niet zeggen dat de besproken risico's onverkort bij OG zijn komen te liggen. Bij ON lagen nog ontwerprijheden, waaronder de uitvoeringsmethodiek en de bouwlogistiek.⁹

ON wordt daarbij gewezen op zijn eigen uitlatingen en de inhoud van zijn Aanbidding. ON had zelf aangegeven geen technische belemmeringen te zien voor de realisatie van het

Werk. Daarnaast heeft ON te laat en anders dan beloofd in zijn plan van aanpak (een onderdeel van de Aanbidding), de voor hem noodzakelijke spooraanneemers ingeschakeld. Ook heeft hij te laat onderzocht of de voorgestane uitvoering ter plaatse haalbaar was.¹⁰ Gedachte van arbiters is dat indien ON de spooraanneemer eerder zou hebben betrokken, de uitvoeringsproblematiek eerder duidelijk zou zijn geworden, en niet pas vlak voor aanvang van de TVP. Het is niet zo dat ON alle tijdens de uitvoering gerezen problemen volledig zelfstandig zonder bijbetaling zou moeten oplossen. Er is immers een UAV-GC overeenkomst tot stand gekomen met bijbehorende verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden (ook voor OG).¹¹ Arbiters menen wel dat ON zijn werkzaamheden ten onrechte heeft stilgelegd.

2.2 Totstandkoming overeenkomst

In het arrest van 28 juli 2020 buigt het Hof Den Bosch zich over de vraag of een UAV-GC overeenkomst tot stand is gekomen.¹² Dit is het hoger beroep van het vonnis van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 17 oktober 2018.¹³ De gemeente Roosendaal had een Europese niet-openbare aanbesteding georganiseerd voor de renovatie van een gebouw. Het college van B&W zou als OG acteren. De instemming van OG was (ook blijkens de aanbestedingsstukken) constitutief voor het tot stand komen van de Overeenkomst. Aan deze voorwaarde was niet voldaan. Volgens de rechtbank was het niet zo dat desondanks een Overeenkomst tot stand was gekomen: aanbestedingsrechtelijk stond het de gemeente niet vrij van het constitutieve vereiste af te wijken.

Het oordeel van de rechtbank houdt stand in hoger beroep. In uitgangspunt staat het een aanbestedende dienst vanuit de contractvrijheid vrij een aanbesteding in te trekken. Die vrijheid wordt beperkt door de beginselen van het aanbestedingsrecht, de precontractuele redelijkheid en billijkheid, en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, welke beperking in dit geval niet wordt aangenomen. Er is niet gebleken van een onzorgvuldige raming. Daarbij oordeelt het hof terecht dat de mededeling van de gunningsbeslissing geen aanvaarding van het aanbod inhoudt.¹⁴ De overeenkomst is nimmer ondertekend en evenmin is het aanbod aanvaard.¹⁵

7 RvA 1 april 2020, nr. 36.818 (spoed bodem).

8 Idem, alinea 6.

9 Idem, alinea's 52-54.

10 Idem, alinea's 57-58.

11 Idem, alinea 53.

12 Hof Den Bosch 28 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2408.

13 Rb. Zeeland-West-Brabant 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:6884. Besproken in de kroniek 2018, BR 2019/18, § VI.

14 Op dit punt verwijst het hof in r.o. 3.10 naar art. 7.20.6 en 7.22.2 ARW 2016. Die bepalingen zien echter op de situatie van een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure. In dit geval gaat het om een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure, zodat hoofdstuk 3 van het ARW 2016 van toepassing is. Daarnaast bestaat er geen art. 7.20.6 ARW 2016. Gelet op de context, is art. 3.39.5 ARW 2016 hier het maatgevende artikel. Het Hof haalt ook art. 7.22.2 ARW 2016 aan in het kader van de vereiste schriftelijke mededeling van de gunning. Echter, dat artikel gaat over besprekingen met het oog op verduidelijking van de inschrijving. De maatgevende bepaling is echter art. 3.40.5 ARW 2016. Zie ook art. 2.129 Aanbestedingswet.

15 Zie r.o. 3.8-3.10 arrest.

Gestelde toezeggingen maken dit niet anders. Partijen zoeken maandenlang naar optimalisaties en bezuinigingen. In die context schrijft de projectleider onder andere dat hij:

“in week 36 contact [zal] opnemen om dit verder af te stemmen zodat er officieel opdracht aan jullie kan worden verleend” en dat “het onze insteek [blijft] om [...] aan jullie te gunnen.”

Volgens het hof kwalificeren deze uitlatingen niet als toezegging dat de opdracht zou worden verleend, niet tekstueel en ook niet in deze context.¹⁶ Ook het winnen van de aanbesteding maakt niet dat appellante er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen. Te meer niet nu partijen direct zijn gaan zoeken naar bezuinigingen en mogelijkheden voor extra budget, en over de essentialia nog onderhandeld werd. Ook wist appellante dat de gemeente bleef zoeken naar bezuinigingen en/of budget, terwijl het werk in de oorspronkelijke planning al bijna af had moeten zijn. De gemeente had tot slot gerechtvaardigd belang bij het afbreken van de onderhandelingen.¹⁷ De toezegging dat appellante volledig zou worden gecompenseerd, wordt vanwege onvoldoende onderbouwing gepasseerd.¹⁸

2.3 UAV-GC en Systems Engineering

In de kwestie ontstaan in het kader van de opdracht renovatie en verduurzaming van het gemaal Vissering is een vonnis in kort geding geweest, hangende een bodemprocedure.¹⁹ OG heeft het ontwerp, de realisatie en het onderhoud opgedragen onder toepasselijkheid van de UAV-GC met behulp van (de principes van) ‘Systems Engineering’. Dat laatste heeft geleid tot het geschil tussen partijen. Het principe van Systems Engineering is in de Vraagspecificatie door Opdrachtgever als volgt verwoord:

“De Vraagspecificatie Eisen is een (grotendeels) functionele specificatie van de producteisen die gesteld worden aan het Systeem in deze Overeenkomst. De eisen zijn opgezet volgens een eisenhiërarchie. Alle eisen, behalve de hoogste eis in de hiërarchie, hebben minimaal één bovenliggende eis en indien benodigd een of meerdere onderliggende eisen. De eisen zijn topdown opgesteld, wat inhoudt dat een onderliggende eis een verdere detaillering of een verbijzondering is van de daaraan bovenliggende eis. Opdrachtnemer dient de eisen verder te decomponeren tot op het niveau waarmee het Werk uit te voeren is. De eisen in de Vraagspecificatie en zijn afgeleide eisen dient Opdrachtnemer aantoonbaar te verifiëren en valideren op basis van systems engineering conform VS Proces.”

Volgens OG voldoen de Ontwerpwerkzaamheden van ON hier niet aan. Er is en was volgens hem sprake van het onjuist en/of onvolledig ‘decomponeren’ (ontleden) van de eisen en het vervolgens niet en/of onjuist verifiëren en valideren van elke afzonderlijke eis. Die ontleding is nodig zodat expliciet en objectief aangetoond wordt dat het Werk aan de (eisen uit de) Overeenkomst voldoet. Zodoende geeft ON er blijk van de systematiek van een UAV-GC contract met Systems Engineering niet (volledig) te doorgronden, aldus nog steeds OG. Met het oog op een dreigende vertraging start OG een kort geding, waarin hij vordert ON ertoe te veroordelen:

- (i) verder te werken conform de eisen; en
- (ii) uiterlijk op een bepaalde datum op te leveren, dit laatste op straffe van een dwangsom

ON houdt zijn verweer simpel. Volgens hem is de eerste vordering toewijsbaar, omdat hij meent dat hij al aan de eisen van de overeenkomst voldoet. Ten aanzien van de tweede vordering stelt ON dat sprake is van een complexe discussie over de deugdelijkheid van de Ontwerpwerkzaamheden in relatie tot Systems Engineering en de dreigende vertraging als gevolg van de discussie daarover tussen partijen, die zich niet leent voor beoordeling in kort geding.

Arbiters houden het even simpel als ON. Ze wijzen de eerste vordering toe, bij gebreke van verzet hiertegen. En de tweede vordering wordt afgewezen, om de reden die ON aanvoert. Een anticlimax dus. Of toch eerder een cliffhanger. Want hoe weinig spannend het kort gedingvonnis is, zo veel interessanter zou het eindvonnis kunnen worden, mochten partijen tussentijds niet tot een minnelijke regeling komen. Systems Engineering is in de ontwerpfasen van UAV-GC contracten een vaak toegepaste methode, maar is tegelijkertijd in de rechtspraak nog niet vaak expliciet aan de orde geweest.

3. Informatieverstrekking en aanspraken

Net als voorgaande jaren blijven informatieverplichtingen van OG een bron van discussie, en daarmee jurisprudentie. Ter inleiding schetsen wij eerst de systematiek. § 4 lid 1 UAV-GC bepaalt dat ON verplicht is de Werkzaamheden zo te verrichten dat het Werk op de in de Basisovereenkomst vastgestelde datum van oplevering voldoet aan de uit de Overeenkomst voortvloeiende eisen. Echter, ON is niet altijd tot een absolute resultaatsverplichting gehouden omdat hij niet in alle gevallen volledige vrijheid heeft het Werk te realiseren zonder actieve betrokkenheid van OG.²⁰ Voorbeelden zijn de informatieverstrekking van OG en § 14 Wijzigingen. In het niet of onjuist verstrekken van informatie kan grond gelegen zijn de hiervoor centraal gestelde verantwoordelijkheid van ON uit hoofde van § 4 UAV-GC te begrenzen. Op grond van § 3 lid 1 onder a UAV-GC dient OG die informatie te verstrekken waarover hij beschikt en die noodzakelijk is om het Werk – en eventueel het Meerjarig

¹⁶ Idem, r.o. 3.15.

¹⁷ Idem, r.o. 3.16-3.20.

¹⁸ Idem, r.o. 3.21.

¹⁹ RvA 25 september 2020, nr. 37.056. Op 6 oktober 2020 heeft de Raad een akte tot herstel ex art. 1060 lid 1 Rv genomen in verband met een kennelijke fout met betrekking tot de uitvoerbaarheid bij voorraad (proceskosten)veroordeling.

²⁰ Toelichting bij de Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005, CROW: Ede 2005, p. 35.

Onderhoud – te realiseren. Via § 3 lid 2 UAV-GC is OG verantwoordelijk voor de door hem verstrekte informatie, en krachtens § 3 lid 3 UAV-GC voor de inhoud van de Vraagspecificatie. Schiet OG tekort in zijn verplichtingen, dan kan ON op de voet van § 44 lid 1 sub b UAV-GC aanspraak maken op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging,²¹ onder de overigens gestelde voorwaarden en behoudens de schending van een eventuele waarschuwingsplicht als bedoeld in § 4 lid 7 UAV-GC. Ook zou het kunnen leiden tot het opdragen van een (§ 14) Wijziging.

3.1 Verstrekte gegevens voldoende

Deze zaak heeft betrekking op het ontwerp en de realisatie van een onderdoorgang.²² Bij de aanbestedingsstukken zit een Watervergunning die OG had aangevraagd en verkregen. Daaruit volgt dat de maximaal toegestane grondwateronttrekking beperkt is tot de afvoercapaciteit van het riool (te weten: 60m³ per uur). De Watervergunning verwijst verder naar een Deelsaneringsplan, waaruit volgt dat verspreiding van een in de nabijheid van het werkterrein aanwezige verontreiniging moet worden voorkomen, opdat de kwaliteit van het grondwater behouden blijft. ON bepaalt – mede aan de hand van de aan zijn op grond van de Vraagspecificatie ter beschikking staande Trein Vrije Periodes ('TVP's') – een fasering en werkwijze. Hij zou het dek van het kunstwerk voor de spoorkruising voorbouwen en vervolgens tijdens een TVP inschuiven in een ondiepe half open bouwkuip bestaande uit damwanden (zonder bodemafdichting). De bouwkuip zou vervolgens worden afgesloten door middel van bodeminjectie.

ON constateert in de ontwerpfase - na gunning - dat deze voorgenomen werkwijze een hogere grondwateronttrekking tot gevolg heeft dan de Watervergunning toelaat (namelijk: 200m³ per uur). ON dient daarom een wijzigingsaanvraag Watervergunning in, die hij vervolgens weer intrekt (na overleg met diverse partijen, waaronder het Waterschap). Dit omdat bij een groter debiet de grondwatervervuiling zich oncontroleerbaar zou verplaatsen. ON past uiteindelijk de door zijn voorgenomen fasering en werkwijze aan door een gesloten bouwkuip met onderafdichting te realiseren in plaats van de ondiepe half open bouwkuip. Het lukte ON daarom niet om, conform zijn aanvankelijke bedoeling, het dek in de derde TVP in te schuiven. Er moest een vierde TVP worden geregeld en het dek moest worden ingereden in plaats van ingeschoven. ON maakt aanspraak op vergoeding van de (meer)kosten als gevolg van deze aanpassingen en extra maatregelen. ON had hiervoor ook VTW's ingediend. Tevergeefs voor deze ON. Arbiters wijzen de vorderingen van ON af.

ON stelt in de eerste plaats dat OG hem onjuist en onvolledig heeft geïnformeerd. ON verwijt OG dat het bemalingsadvies en een fasering van het Werk ('het Stripboek'), door OG gebruikt zijn voor de aanvraag voor de Watervergunning,

niet met inschrijvers is gedeeld. In de tweede plaats stelt ON dat het niet mogelijk was om binnen de kaders van de Watervergunning en de ter beschikking gestelde TVP's het Werk te realiseren met gesloten bouwkuipen. OG betwist de stellingen van ON en voert aan dat de verstrekte informatie juist is. Daarbij wijst OG er op dat ON het bemalingsadvies kende in het kader van een eerdere aanbesteding.

OG is volgens arbiters niet tekortgeschoten in zijn verplichting informatie te verstrekken (§ 3-1 sub a UAV-GC). Arbiters zijn allereerst – onder verwijzing naar § 3-1 sub a UAV-GC – van oordeel dat het ter beschikking stellen van het bemalingsadvies en de fasering van het werk niet nodig was om ON in staat te stellen om het Werk conform de overeenkomst te realiseren.²³ OG kon volstaan met het verstrekken van de Watervergunning en het Deelsaneringsplan. De verstrekking van het Stripboek en het bemalingsadvies was volgens arbiters niet nodig om ON in staat te stellen het Werk te kunnen realiseren.

Uit de wel verstrekte informatie kon ON afleiden:

- (i) dat – met één uitzondering – de bouw in bouwkuipen met onderafdichting plaats zou vinden;
- (ii) welke TVP's ter beschikking stonden;
- (iii) dat de toegestane grondwateronttrekking beperkt was;
- (iv) dat hij een bemalingsplan moest opstellen; en
- (v) dat sprake was van vervuiling van het naastgelegen perceel in verband waarmee een monitoringsplan moest worden opgesteld.²⁴

Arbiters laten de omstandigheid dat de ON over het bemalingsadvies beschikte in het kader van een andere aanbesteding onbesproken.

Tussen partijen staat niet ter discussie dat OG voor de inhoud van de door hem verstrekte informatie verantwoordelijk is.²⁵ ON heeft evenwel volgens arbiters – op één punt na²⁶ – onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de verstrekte informatie niet klopt. Arbiters stellen voorop dat OG verantwoordelijk is voor de realiseerbaarheid van het Werk binnen de door opdrachtverstrekking vastgestelde kaders. Volgens arbiters heeft ON evenwel niet aannemelijk gemaakt dat het Werk niet realiseerbaar is binnen die kaders. Arbiters oordelen dat het toepassen van een half open bouwkuip een ontwerpkeuze is geweest van ON.²⁷ De gevolgen van die keuze moeten voor rekening van ON blijven. Daarbij betrekken arbiters de omstandigheid dat de Watervergunning voorzag in een ontwerp met gesloten bouwkuip. Het ontwerp van ON week daarvan af. Voor een waarschuwingsplicht voor

21 Idem, p. 97-98.

22 RvA 17 januari 2020, nr. 36.566.

23 Idem, alinea 16.

24 Idem, alinea 17.

25 Arbiters verwijzen naar § 3 lid 1 onder a UAV-GC, maar dit volgt uit § 3 lid 2 UAV-GC

26 ON heeft onweersproken gesteld dat hij, in afwijking van het gestelde de Watervergunning, een gel injectie laag heeft moeten aanbrengen in verband met de onverwacht grote waterdoorlatendheid bij de realisatie van een hoger gelegen deel bij een toerit. De daarmee verband houdende vorderingen van ON worden toegewezen.

27 Idem, alinea 19.

OG – inhoudende dat een half open bouwkuip geen juiste keuze was – zien arbiters in deze kwestie geen grond. OG mocht een ontwerpvoorstel van ON afwachten. Het is aan ON om aan te tonen dat zijn ontwerpkeuze mogelijk is en daar is ON niet in geslaagd.²⁸ De vorderingen van ON worden bijgevolg – grotendeels²⁹ – afgewezen.

3.2 Hoogwaterperikelen

Het geschil betreft het ontwerp en de realisatie van een geul in de uiterwaard “Stadswaard” te Nijmegen.³⁰ Dit geschil komt verderop nog wat uitgebreider aan de orde, in het kader van het recht op termijnsverlenging (zie § 5.1). Eerst bespreken we de kwestie in het kader van informatieverstrekking, omdat twee van de door ON gestelde vertragende omstandigheden verband houden met het door OG bij de aanbestedingsstukken verstrekte bodemonderzoek.

ON stelt allereerst dat dit onderzoek ondeugdelijk zou zijn. Volgens ON is het onderzoek niet uitgevoerd conform NEN 5720, waardoor het niet door Rijkswaterstaat is aanvaard als bewijs voor een serie meldingen onder het Besluit bodemkwaliteit (Bbk-meldingen), wat tot vertraging heeft geleid omdat de meldingen waren vereist voordat de grond mocht worden afgevoerd. Verder stelt ON dat de werkelijk gebleken milieukundige samenstelling van de grond anders is dan op basis van het onderzoeksrapport mocht worden verwacht.³¹ Volgens OG bestaat NEN 5720 deels uit open normen die verschillend kunnen worden geïnterpreteerd.

De rechtbank overweegt dat moet worden beoordeeld of het rapport:

“in zijn algemeenheid is opgesteld conform de minimale, objectieve eisen van NEN 5720.”

Is dat niet het geval, dan heeft OG onjuiste informatie verschafte door te stellen dat hij een rapport verstrekte dat aan NEN 5720 voldeed. Voldoet het rapport hier wel aan, maar past Rijkswaterstaat strengere regels toe op basis van “*interpretatie van de open normen van NEN 5720*”, dan komt de weigering van de Bbk-meldingen evenwel alsnog voor rekening en risico van ON, en wel op grond van een tussen partijen overeengekomen risicoallocatie-regeling. Daarin staat vermeld dat afwijkingen in hoeveelheden, chemische samenstelling en fysische eigenschappen van de vrijkomende grond ten opzichte van de aan het contract toegevoegde gegevens voor risico van ON zijn. De rechtbank stelt vast dat de zaak op dit punt onvoldoende is uitgekristalliseerd en stelt partijen in de gelegenheid zich hierover uit te laten.

28 Idem, alinea 20.

29 De meerkosten van het aanbrengen van de gel injectie, zie RvA 17 januari 2020, nr. 36.566, alinea 23.

30 Rb. Gelderland 12 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1225.

31 Hoewel de rechtbank dit niet expliciet meeweegt in zijn overwegingen, gronden eisers hun stellingen op § 3 lid 2 UAV-GC, zie alinea's 2.2 en 3.2.

3.3 De beerput en D&C light

In dit geschil – ook besproken in § 2.1 en § 4.1 – stelt ON niet gehouden te zijn het Werk uit te voeren zonder dat hem Wijzigingen worden opgedragen.³² ON heeft het Werk stil gelegd. OG wenst dat ON het Werk hervat en vordert een verklaring voor recht dat ON het Werk uiterlijk op 1 december 2021 oplevert. ON eist in reconventie een verklaring voor recht inhoudende dat:

- (i) bepaalde werkzaamheden als Wijziging in de zin van § 14 UAV-GC kwalificeren;
- (ii) die ON zonder aanpassing van de aanneemsom niet behoort uit te voeren (met verwijzing naar § 14 lid 10 punt 1); en
- (iii) dat ON een beroep toekomt op § 16 lid 7 UAV-GC (ontbinding met afrekening op de voet van § 16 lid 10 UAV-GC).³³

Daarmee koerst ON aan op ontbinding van de overeenkomst vanwege het meer dan twee maanden ononderbroken vertraagd zijn van het Werk, door omstandigheden die voor rekening van OG komen.

De Wijzigingen zouden volgens ON gelegen zijn in:

- (i) de door OG vastgestelde TVP-planning die niet haalbaar was;
- (ii) aanpassingen vanwege de volgens ON grotere grondwaterverontreiniging; en
- (iii) de aangetroffen beerput en waterput.

In de feitenopsomming staat vermeld dat zowel in het kader van de gestelde grondwaterverontreiniging en de vondst van de beerput en waterput geen Verzoeken Tot Wijziging ('VTW's') zijn ingediend.³⁴ ON trekt aan het kortste eind, in die zin dat de gevraagde ontbinding op de voet van § 16 lid 7 UAV-GC niet wordt toegewezen en arbiters oordelen dat hij het Werk ten onrechte heeft geschorst, wat tot schadelijkheid leidt. Arbiters zijn (nog) niet overtuigd geraakt van het aan de orde zijn van noodzakelijke Wijzigingen, maar sluiten dat overigens ook niet uit. Arbiters overwegen namelijk dat er nu nog niets van te zeggen valt of de te verrichten werkzaamheden als Wijziging kwalificeren, waardoor ook deze verklaringen voor recht niet worden afgegeven.³⁵

De drie meer inhoudelijke argumenten van ON worden één voor één langs gelopen. Ten eerste zou OG volgens ON de TVP-planning onjuist hebben vastgesteld, waarmee ON feitelijk een beroep doet op § 3 leden 2 en 3 UAV-GC. De 76 uur in TVP 1 zou niet toereikend zijn om de geplande ruwbouwwerkzaamheden beheerst te laten verlopen.³⁶ Arbiters gaan daarin niet mee. De conclusie van ON is gebaseerd op de door hem voorgestane uitvoering en werkwijzen. Niet is komen vast

32 RvA 1 april 2020, nr. 36.818.

33 Voor zover geen Wijzigingen aan de orde zouden zijn, meent ON dat hem een beroep op dwaling (art. 6:228 BW) toekomt. Ook beroept ON zich op opschorting (art. 6:60 BW), naar aanleiding waarvan ON van zijn verbintenis zou zijn bevrijd, waarbij ook aanspraak wordt gemaakt op een vergoeding op de voet van art. 6:63 BW.

34 Idem, alinea 6, onder sub k en o. Een 'VTW' is overigens geen gedefinieerd begrip in de UAV-GC.

35 Idem, alinea 82.

36 Idem, alinea 6, onder h en alinea 12 e.v.

te staan dat een andere combinatie van werkwijzen ook niet realiseerbaar was in 76 uur.³⁷ Daarbij benoemen arbiters dat ON in zijn Aanbieding zelf als beheersmaatregel had genoemd dat hij al *in de aanbestedingsfase* alle partners zou betrekken, waaronder een erkende spoorannemer. In de Aanbieding stond ook dat tijdens TVP 1 de tunnelruwbouw gerealiseerd zou worden. ON zocht uiteindelijk pas ná inschrijving en gunning contact met een spoorannemer. Pas toen werd hem duidelijk dat alle voorgenomen werkzaamheden niet haalbaar zouden zijn in de eerste TVP. Deze handelwijze is volgens arbiters strijdig met zijn eigen plan van aanpak.³⁸

Ten tweede stelt ON dat pas na de definitieve gunning gebleken is dat de grondwaterverontreiniging groter was dan vermeld in het rapport dat bij de aanbestedingsstukken was gevoegd, en dat die verontreiniging zich bovendien verplaatste. Daarom zouden voorafgaand aan TVP drie beheersmaatregelen getroffen moeten worden, in welk kader ON had verzocht om instructie van OG.³⁹ Volgens arbiters ten onrechte.⁴⁰ Arbiters overwegen dat bij toepassing van de door ON beoogde werkwijze (open bouwput met grondverbetering en toepassing van een plunjerpomp aan te sluiten op het drainagesysteem) geen of nauwelijks grondwaterverplaatsing van elders naar de bouwput aan de orde zou zijn. Dat vanwege mogelijk toch aangetrokken verontreinigd grondwater niet onverkort retourbemaling kan worden toegepast, wil nog niet zeggen dat de bouwput met drainage in het geheel niet haalbaar is; retourbemaling met reiniging (tegen hogere kosten) zou wel mogelijk zijn. OG had per e-mail aangegeven dergelijke aanvullende kosten te vergoeden.⁴¹ ON heeft in dat kader echter geen VTW ingediend. OG is niet gehouden op voorhand een harde toezegging te doen zonder nadere onderbouwing.⁴²

Als derde stelt ON dat tijdens de uitvoeringswerkzaamheden een beerput en een tweede (grotere) waterput zijn aangetroffen, wat tot nader onderzoek zou nopen. ON stelt dat OG ten onrechte weigerde instructies als bedoeld in § 13 lid 4 UAV-GC te geven, zodat ON niet verder kon en mocht.⁴³ Arbiters overwegen dat ON heeft nagelaten al eerder onderzoek te doen waardoor (ook) dit risico pas laattijdig werd beschouwd. Dit was zeer kort voor TVP 2, zodat ON in tijdnood kwam en kennelijk niet tijdig een oplossing kon bewerkstelligen. Dit is OG niet aan te rekenen.⁴⁴ Overigens heeft OG ter zitting aangegeven dat de putten mogen worden gevuld.

37 Idem, alinea's 22-24. Hoe dit oordeel zich verhoudt met de uiteindelijk vastgestelde nieuw TVP-planning waarin een eerste TVP met een duur van 9 dagen is ingepland, wordt niet duidelijk in het vonnis.

38 Idem, alinea's 16-20.

39 Idem, alinea 6, onder k en alinea 25.

40 Idem, alinea 37.

41 Idem, alinea's 26-34.

42 Idem, alinea's 35-36.

43 Idem, alinea 6, onder o en p, alinea's 39-42.

44 Idem, alinea's 44-47. In het vonnis wordt niet ingegaan op rechten van kostenvergoeding en/of termijnsverlenging uit hoofde van § 13 lid 5 jo. 44 lid 1 sub a UAV-GC die ON zou kunnen hebben. Dat recht vervalt blijkens § 13 lid 6 (pas) als ON op of voor het moment van totstandkoming van de overeenkomst op de hoogte was of behoorde te zijn van de aanwezigheid van de verontreiniging. Daarnaast blijkt uit het vonnis niet dat OG conform § 14 lid 1 UAV-GC aan ON een Wijziging heeft opgedragen naar aanleiding van de vondst van de putten.

Arbiters overwegen dat, als al sprake zou zijn van een Wijziging in de zin van § 14 lid 3 UAV-GC, nog niet valt in te zien waarom het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om van ON te verlangen de noodzakelijke aanpassingen door te voeren en het Werk conform die aanpassingen te realiseren. Arbiters verwijzen daarbij naar § 14 lid 6 sub d UAV-GC.⁴⁵ Deze verwijzing laat zich naar ons idee wat moeilijk plaatsen in de systematiek van de UAV-GC. § 14 lid 6 sub d betreft immers één van de gronden geen gevolg te hoeven geven aan een door OG opgedragen Wijziging. In het vonnis lezen wij niet terug dat OG conform § 14 lid 1 UAV-GC (schriftelijk) aan ON een Wijziging had opgedragen.⁴⁶ Integendeel: ON verzocht OG tevergeefs om instructie. ON stelt juist dat hij geen uitvoering hoeft te geven aan Wijzigingen die niet schriftelijk zijn opgedragen (§ 14 lid 6 sub a en § 45 UAV-GC).⁴⁷ Als de systematiek uit de UAV-GC wordt gevolgd, kunnen aan de weigeringsgronden uit § 14 lid 6 sub b, c en d UAV-GC niet toegekomen worden zolang OG geen (schriftelijke) opdracht tot Wijziging heeft gegeven.⁴⁸

Dan het slotakkoord. Arbiters overwegen dat ON niet heeft weersproken dat in de eerste (opnieuw geplande) TVP van negen dagen de nieuwbouw van de reizigerstunnel kan worden gerealiseerd en de overige nog resterende werkzaamheden kunnen worden uitgevoerd, en dat in de tweede TVP van 76 uur de oude reizigerstunnel kan worden gesloopt.⁴⁹ Arbiters verplichten ON de werkzaamheden in 2021 uit te voeren. Vermeende aanspraken op bijbetaling moeten daarbij op de gebruikelijke wijze worden afgewikkeld.⁵⁰ Het is dus nog niet gezegd dat alle extra kosten en tijdsconsequenties voor rekening en risico van ON komen. ON heeft de werkzaamheden volgens arbiters ten onrechte opgeschort. Arbiters verklaren daarom voor recht dat ON tekortgeschoten is in de nakoming van zijn verplichtingen en dat ON aansprakelijk is voor de schade die hieruit voortvloeit.⁵¹ ON heeft de VTW-procedures uit § 14 en 45 UAV-GC niet gevolgd, aldus arbiters.⁵² Onduidelijk is nog of de te verrichten werkzaamheden als Wijziging kwalificeren, waardoor de betreffende verklaringen voor recht niet worden afgegeven.⁵³ ON wordt veroordeeld het werk uiterlijk op 1 december 2021 op te leveren en dient zekerheid voor nakoming te verstrekken via een *on first demand* bankgarantie hoogte van € 1 miljoen. Daarbij leggen arbiters een dwangsom op van € 5.000,- voor iedere dag dat ON in gebreke blijft met het nakomen van één van de veroordelingen met een maximum van € 1 miljoen per verplichting.⁵⁴

45 Idem, alinea 48.

46 Hoewel – zo lezen wij – OG zich wel bereid had verklaard eventuele extra kosten te willen voldoen.

47 Idem, alinea 6, onder s.

48 En het Gele Boekje even buiten beschouwing wordt gelaten, dat overigens in dit deel in het vonnis ook niet wordt besproken.

49 Idem, alinea 62.

50 Idem, alinea 63.

51 Idem, alinea 77.

52 Idem, alinea 81.

53 Idem, alinea 82.

54 Idem, zie dictum, p. 19 en 20.

3.4 Vervangen Broekstuk I

Op 1 april 2020 verscheen het tussenvonnissen in de kwestie tussen GMB Civiel (ON) en het Hoogheemraadschap Delfland (OG).⁵⁵ OG had aan ON het Werk 'Bouwkundige, civiele en werktuigbouwkundige werkzaamheden voor poldergemaal met bijbehorende grondwerken' opgedragen. De kwestie draait om de vraag wie de kosten moet dragen van het vervangen van het zogenaamde Broekstuk. Het Broekstuk bestond uit leidingwerk inclusief een door ON te realiseren aansluiting op reeds bestaande leidingen. Tot de opdracht van ON behoorde ook het realiseren van de aansluiting op het zogeheten Z-stuk, dat in een eerder stadium door Heijmans was gerealiseerd.

Enkele jaren na oplevering van het Werk komen diverse gebreken aan het licht. Dat leidt er uiteindelijk toe dat ON het Broekstuk (zowel leidingwerk als de compensator: de aansluiting op het Z-stuk) opnieuw ontwerpt en vervangt. ON vordert betaling van de daarmee gemoeide kosten. Er waren meerdere schade-oorzaken: de toegepaste PE-leidingen waren niet bestand tegen de bovenbelasting en zettingen van de grond en daardoor vervormd waarbij lekkages optraden. Een paar maanden nadat deze gebreken waren ontdekt, werd echter ook geconstateerd dat de compensator (scopedeel ON) verticaal en horizontaal was gezakt en (deels) bezweken, alsook dat een reeds bestaande leiding was gezakt en dat de grootste zakking was opgetreden aan het uiteinde van het hoger gelegen - niet door ON gerealiseerde - Z-stuk.⁵⁶ Het DO van OG maakte deel uit van de Vraagspecificatie, net als het opleverdossier afkomstig van Heijmans, betreffende onder meer de realisatie van het Z-stuk.

Volgens ON deugde het ontwerp van OG van het Broekstuk niet, waarin zowel het (specifieke) leidingverloop, als het funderen op palen en het toepassen van een compensator nabij de aansluiting met het Z-stuk waren voorgeschreven.⁵⁷ OG stelde daarentegen dat ON verantwoordelijkheid droeg omdat ON de vrijheid had om zelf de indeling en de materiaalkeuze van de leidingen te bepalen. ON had gekozen voor toepassing van PE-leidingen, welke niet voldeden aan de gestelde eisen en zijn bezweken, aldus OG. De PE-leidingen waren niet bestand tegen de bovenbelasting van de grond.⁵⁸ Volgens OG is ON op de voet van § 28 lid 1 UAV-GC aansprakelijk omdat sprake is van een verborgen gebrek. Partijen zijn in artikel 13 van de Basisovereenkomst voor die specifieke situatie overeengekomen dat ON, in afwijking van het bepaalde in § 28 lid 1 UAV-GC, moet bewijzen dat de na oplevering aan het licht gekomen verborgen gebreken hem niet kunnen worden toegerekend.⁵⁹

Het oordeel van de rechtbank is tweeledig. OG is niet aansprakelijk voor de schade die is ontstaan door het vervangen van PE-leidingen door leidingen van staal. OG is wel

aansprakelijk voor de schade ontstaan door het vervangen van de compensator met aansluitingen en aanpassing van het leidingverloop. Alleen dat deel van de schade is voortgekomen uit fouten in het DO van OG. De rechtbank oordeelt in dit kader dat OG ongerechtvaardigd is verrijkt (art. 6:212 BW).⁶⁰ Op het punt van de schadeverdeling geeft de rechtbank aan behoefte te hebben aan een nadere toelichting door partijen.⁶¹ De schadeverdeling komt in het eindvonnis⁶² aan de orde.

Dat de PE-leidingen gebrekkig zijn staat vast aangezien zij binnen hun levensduur zijn bezweken. De rechtbank oordeelt dat ON de kosten van vervanging van de PE-leidingen moet dragen. ON had gekozen voor toepassing van PE-leidingen en gebleken is dat deze niet bestand waren tegen de bovenbelasting en zettingen van de grond. Dit, terwijl ON op grond van § 13 lid 1 UAV-GC verantwoordelijk is voor afstemming van zijn werkzaamheden op de bodemgesteldheid. ON (althans, zijn onderaannemer) had een fout gemaakt in de sterkteberekening van de PE-leidingen. Dat OG had ingestemd met toepassing van PE, betekent niet dat de verantwoordelijkheid voor de door ON gemaakte keuze naar OG verschuift. Dat laatste volgt niet uit § 15 lid 3 UAV-GC. Het betoog van ON dat de leidingen zijn verzakt als gevolg van zakkingen van het Z-stuk (dat niet in de scope van zijn Werk zat), wordt niet gevolgd. Een dergelijk verband is in de onderzoeken die in het vonnis worden aangehaald, niet vastgesteld.⁶³

In het kader van de compensator komt de rechtbank evenwel tot een ander oordeel. De door ON aangelegde compensator was niet in staat om de opgetreden en nog te verwachten zakking van het Z-stuk op te vangen. In zoverre voldeed ook dit deel van het Werk van ON niet aan de eisen in de Vraagspecificatie voor de maximale restzetting. Dit is echter niet aan ON toe te rekenen want het is te herleiden tot een fout in het DO dat van OG afkomstig was. De rechtbank wijdt in dit kader eerst een overweging aan de algemene uitgangspunten in de UAV-GC, met de wel inmiddels bekende verwijzingen naar § 3 lid 1, 2 en 3 UAV-GC (verantwoordelijkheden OG) en § 4 lid 7 UAV-GC (begrenzing waarschuwingplicht ON).⁶⁴ Toepassing van een compensator was in het DO voorgeschreven, waarbij te weinig rekening was gehouden met het verplaatsingsgedrag van het Z-stuk. Gelet op dit gedrag, had een ander ontwerp moeten worden vastgesteld, aldus de rechtbank. Daarbij wordt OG niet gevolgd in de stelling dat ON alle ontwerpverantwoordelijkheid en bijbehorende risico's zou dragen. Die opvatting is in het algemeen - en ook in dit specifieke geval - onjuist. De ontwerpverplichting van ON was beperkt tot het *optimaliseren* van het DO en het maken van het *uitvoeringsontwerp*. Daarbij mocht ON in beginsel afgaan op de juistheid van de in het DO verstrekte informatie. ON was er, op basis van het opleverdossier van

55 Rb. Den Haag 1 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:2927 (tussenvonnissen).

56 Idem, alinea 4.9.

57 Idem, alinea 4.6.

58 Idem, alinea 4.7.

59 Idem, alinea 4.8.

60 Idem, alinea 4.22, in samenhang te lezen met alinea 4.6.

61 Idem, alinea 4.23.

62 Rb. Den Haag 21 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10527.

63 Idem, alinea 4.11.

64 Idem, alinea 4.16.

het werkdeel van Heijmans, van uitgegaan dat het Z-stuk was gefundeerd en dat de zettingen die het gefixeerde Broekstuk en de compensator moesten opvangen, beperkt (tot 3 cm) zouden zijn. Dat ON de bestaande leiding moest inmeten, betekent niet dat ON ook onderzoek moest doen naar de (ondergrondse) constructie van deze leiding die ook nog eens buiten de scope van het Werk viel. Een schending van de waarschuwingsplicht wordt aldus evenmin aangenomen.⁶⁵

Voor zover OG nog heeft willen betogen dat ON een verkeerd type compensator heeft gekozen, gaat de rechtbank daaraan voorbij nu ON genoegzaam heeft toegelicht dat de – binnen de kaders van de Basisovereenkomst en rekening houdend met het PvE van OG – te maken keuze voor een ander type er niet toe zou hebben geleid dat de schade aan het Broekstuk achterwege zou zijn gebleven.⁶⁶

Gelet op het bepaalde in § 3 lid 2-3 UAV-GC draagt OG het risico van fouten in het DO en is OG aansprakelijk voor schade die hieruit voortvloeit. Als OG dat niet had gewild, dan had hij dat uitdrukkelijk in afwijking van die paragraaf moeten overeenkomen met ON, aldus de rechtbank.⁶⁷ Dat een dergelijke afwijking aanbestedingsrechtelijk gezien niet snel proportioneel kan worden geacht, benoemt de rechtbank daarbij niet, maar tekenen wij in deze kroniek wel aan.

3.5 'Informatie ter informatie'

Een vijfde geschil dat draaide om de informatievoorziening vanuit OG werd, net als de vorige kwestie, voorgelegd aan de civiele rechter.⁶⁸ Het gaat om het Werk inzake verbouw en renovatie van vier kavels tot schoolgebouwen. Bij de aanbesteding had OG een voorlopig ontwerp (aangeduid als Referentie-ontwerp) verstrekt. Inschrijvers mochten dit Referentie-ontwerp als leidraad nemen, of naar eigen inzicht aanbieden. In het Referentie-ontwerp stond de hoofd-draagconstructie omschreven als "loodsenbouw (staal) op paalfundering met schroefpalen". Dit bleek niet uitvoerbaar vanwege een minder draagkrachtige bodem (zoals uit later bodemonderzoek blijkt). Uiteindelijk zijn stalen buispalen in plaats van schroefmortelpalen toegepast. Daarnaast was veel meer staal nodig en liep ON vertraging op. De curator van ON trachtte de hiermee gemoeide extra kosten te verhalen op OG, dit keer met succes.⁶⁹ Uit het vonnis blijkt overigens dat de Basisovereenkomst op 23 februari 2018 gedeeltelijk was ontbonden waarna de resterende werkzaamheden aan een derde waren opgedragen.⁷⁰ ON stoelt zijn vorderingen primair op § 44 lid 1 sub a en b tezamen met 3 lid 1 sub a en 3 lid 2 en 3 UAV-GC, subsidiair § 13 lid 2 UAV-GC, en meer subsidiair § 14 lid 3 in samenhang met § 16 UAV-GC.

Ook art. 7:753 en 754 BW zouden volgens ON een grondslag vormen voor vergoeding van de gevorderde kosten.⁷¹

De rechtbank geeft de inmiddels bekende algemene toelichting op § 3 lid 1, 2 en 3 en § 4 lid 7 UAV-GC.⁷² Onvolkomenheden in de door OG verstrekte informatie die leiden tot fouten in de aanbieding van ON kunnen onder omstandigheden recht geven op een kostenvergoeding en/of termijnsverlenging in de zin van § 44 lid 1 aanhef en sub b UAV-GC). OG is niet verantwoordelijk voor de volledigheid van de informatie. Wel kan het zo zijn dat als OG de indruk heeft gewekt dat de informatie op één of meer onderdelen wel volledig is, terwijl dat feitelijk niet het geval is, de informatie alsdan onder het begrip onjuist valt en aanleiding kan geven tot kostenvergoeding en/of termijnsverlenging.⁷³

De rechtbank is van oordeel dat sprake is van onvolkomenheden in de informatie van OG.⁷⁴ Uit de demarcatielijst blijkt dat OG geotechnisch-/funderingsonderzoek en het bodemonderzoek zou uitvoeren. ON zou de daaruit komende informatie verwerken en de uitvoering van de werkzaamheden afstemmen op de bodemgesteldheid. Het voorlopig ontwerp bevatte geen info over de bodemgesteldheid, maar maakte wel melding van een hoofd-draagconstructie in staal en een fundering met schroefmortelpalen. Blijkens art. 5 Model Basisovereenkomst diende ON dit voorlopig ontwerp uit te werken tot een DO en UO.⁷⁵ ON mocht afgaan op de geschiktheid van de voorgeschreven constructie en funderingsmethode toen hij zijn aanbieding deed.⁷⁶

De rechtbank verwerpt het betoog van OG dat deze informatie slechts ter indicatie of als Referentie-ontwerp is verstrekt en dat alle verantwoordelijkheid voor het VO, bijbehorende risico's en een mogelijke aansprakelijkheid door ON is geaccepteerd of overgenomen bij ondertekening van de Basisovereenkomst. OG miskent dat de UAV-GC geen onderscheid maken in soorten informatie. Het gebruik van termen als 'ter indicatie' of 'informatie ter informatie' ontslaat OG niet van zijn verantwoordelijkheid voor de juistheid van de door hem ter beschikking gestelde informatie in te staan. Dat is mogelijk anders als uitdrukkelijk in de Vraagspecificatie of Basisovereenkomst is vermeld dat OG niet verantwoordelijk gehouden wil worden, maar dat was hier niet aan de orde.⁷⁷ ON heeft daarnaast in voldoende mate voldaan aan zijn waarschuwingsplicht (§ 44 lid 1 sub b en 4 lid 7 UAV-GC) door in het risicodossier bij zijn aanbieding te wijzen op het ontbreken van bodeminformatie.⁷⁸

65 Idem, alinea 4.17.

66 Idem, alinea 4.18.

67 Idem, alinea 4.21.

68 Rb. Den Haag 1 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5929.

69 Idem, alinea 4.11.

70 Idem, alinea 4.18.

71 Idem, alinea's 3.3-3.6.

72 Idem, alinea 4.4.

73 Idem, alinea 4.5. De rechtbank verwijst zelf in dit kader naar RvA 6 november 2019, nr. 36364. Deze uitspraak bespreken wij in de Kroniek 2019: BR 2020/24.

74 Idem, alinea 4.7.

75 Idem, alinea 4.6.

76 Idem, alinea 4.7.

77 Idem, alinea 4.9.

78 Idem, alinea 4.10.

4. (Souplesse bij) Wijzigingen

De UAV-GC bevatten in – met name – § 14 en 15 UAV-GC een uitgebreide regeling over de procedure die bij Wijzigingen gevolgd dient te worden. In voorgaande jaren constateerden wij dat geschilbeslechtters niet in alle omstandigheden onverkort vasthouden aan die regelingen, maar maatwerk bieden waarbij zij met name acht slaan op het gedrag van partijen tijdens de uitvoering van het contract.⁷⁹ Voorbeelden van de souplesse bij § 14 Wijzigingen die in het voordeel uitvallen van ON, troffen wij in 2020 niet in de UAV-GC jurisprudentie. Wel is er de nodige aandacht voor § 15 Wijzigingen: Wijzigingen die aan de orde (behoren te) komen, onder meer indien sprake is van een noodzakelijke aanpassing ten gevolge van een fout van ON of risico dat tot de verantwoordelijkheidssfeer van ON behoort.⁸⁰ Indien ON bijvoorbeeld moet gaan afwijken van zijn Aanbieding vanwege een omstandigheid die niet aan OG kan worden toegerekend, zal ON het initiatief moeten nemen tot een § 15 Wijziging, waarbij ON geen aanspraak op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging kan doen gelden.⁸¹ In beide hieronder besproken geschillen was een aanpassing van de Aanbieding van ON noodzakelijk. In beide gevallen meende ON – tevergeefs – dat dit een § 14 Wijziging betrof, waarvoor OG diende bij te betalen. Alleen in het tweede hierna besproken geschil komt een beroep op § 15 UAV-GC expliciet aan de orde.

4.1 De beerput en UAV-GC light

In dit vonnis, dat hiervoor (§ 2.1 en § 3.3) ook al twee keer aan de orde was, staat de vraag centraal of OG gehouden was ON nadere instructies te geven nadat ON stelde verontreinigingen aangetroffen te hebben die ten tijde van de aanbesteding niet (in deze omvang) waren voorzien. En of ON in afwachting daarvan zijn werkzaamheden mocht opschorten,⁸² ON drong aan op instructies. Uit het vonnis blijkt niet dat OG in reactie daarop schriftelijke Wijzigingsopdrachten heeft verstrekt op de voet van § 14 lid 1 UAV-GC. Arbiters houden in hun oordeel strak vast aan de letterlijke procedures uit de UAV-GC. Ditmaal pakt dat echter uit in het nadeel van de ON, die verweten wordt geen VTW's ingediend te hebben. Daarvoor wordt verwezen naar 'de VTW-procedure' uit § 14 en 45 UAV-GC. Arbiters overwegen dat ON ter zake zijn aanspraken in tijd en geld gehouden blijft de aangewezen procedure te volgen.⁸³ Volgens arbiters heeft ON dat niet gedaan. Hierbij merken wij op dat § 14 UAV-GC een ON niet dwingt 'een VTW' in te dienen.⁸⁴ Het fenomeen 'VTW' is in de praktijk ontstaan en is geen vast procedure-onderdeel van § 14 UAV-GC. § 14 UAV-GC geeft juist OG

het recht schriftelijk Wijzigingen op te dragen, waarna ON verplicht is een onderzoek in te stellen en OG te informeren over de mate waarin een opgedragen Wijziging een afwijking inhoudt (§ 14 lid 4 UAV-GC). ON is gehouden een Wijziging uit te voeren (met inachtneming van § 45 UAV-GC), tenzij § 14 of 45 UAV-GC zich daartegen verzet (§ 14 lid 5). § 14 lid 6 UAV-GC bevat de daartoe strekkende weigeringsgronden.

ON stelt op grond van § 14 en 45 UAV-GC niet gehouden te zijn Wijzigingen uit te voeren.⁸⁵ ON legt dit mede ten grondslag aan het opgeworpen opschortingsrecht en het staken van de werkzaamheden. Arbiters gaan daarin niet mee. Zij vergen een meer (pro)actieve houding van ON. Of materieel gezien uiteindelijk (noodzakelijke) Wijzigingen aan de orde waren, wordt niet duidelijk: arbiters overwegen dat daarover nog niets te zeggen valt. Dit terwijl ten eerste wel blijkt dat de oorspronkelijke TVP-planning vier TVP's van resp. 76, 52, 52 en 104 uur⁸⁶ is gewijzigd in twee TVP's van resp. 9 dagen en 76 uur, en ten tweede dat de kernstelling van ON is dat de ruwbouwwerkzaamheden onmogelijk konden plaatsvinden in de eerste oorspronkelijk geplande TVP. Het bewijsrisico wordt bij ON gelaten. ON heeft niet aangetoond dat het Werk op geen enkele manier in de oorspronkelijke TVP's kon worden gerealiseerd,⁸⁷ waarmee volgens arbiters de noodzaak van Wijzigingen niet is komen vast te staan.

4.2 Hoogst experimenteel en hypergevoelig

In dit kort geding ten aanzien van een Europees aanbestede overeenkomst speelt de rol tussen een vordering tot nakoming en een § 15 UAV-GC Wijziging een centrale rol.⁸⁸ De zaak draait om het ontwerp en de realisatie van een energiezuinige rioolwaterzuiveringsinstallatie (RWZI). Besix c.s. (hierna ON) hebben deze aanbesteding gewonnen met een voorlopig ontwerp op basis van de EssDe-technologie. Tijdens de uitvoering erkent ON dat de EssDe-technologie een hoogst experimentele en hypergevoelige technologie betreft die nooit zal voldoen aan de gestelde eisen. Partijen komen overeen dat een alternatief ontwerp wordt uitgewerkt (het DB 2.0), dat ruim € 20 miljoen extra (bovenop de aanneemsom van € 40 miljoen) zal kosten. ON stelt dat het niet langer kunnen toepassen van het EssDe-proces en het toepassen van het alternatieve ontwerp "DB 2.0" moet worden beschouwd als Wijziging ex § 14 lid 1 en/of lid 3 UAV-GC. ON geeft te kennen dat hij, totdat hierover duidelijkheid bestaat ten aanzien van DB 2.0 een pas op de plaats zal maken. Op zijn beurt houdt OG ON volledig verantwoordelijk. Een § 14 Wijziging zou niet aan de orde zijn. Het is volgens OG juist aan ON om een § 15 Wijziging voor te stellen. ON heeft OG in een bodemprocedure gedagvaard. In dit kort geding vordert OG nakoming.⁸⁹

79 Zie Kroniek UAV-GC 2005 uitspraken 2017, BR 2018/17 onder 1 en Kroniek UAV-GC 2005 uitspraken 2018 onder III, BR 2019/18.

80 Zie ook toelichting bij UAV-GC, p. 62.

81 Toelichting bij UAV-GC, p. 64.

82 RvA 1 april 2020, nr. 36.818.

83 Idem, alinea 81.

84 Indien sprake is van een aanspraak op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging in de zin van par. 44 UAV-GC, geldt evenwel het bepaalde in par. 44 lid 2 en 5, op grond waarvan Opdrachtnemer met bekwame spoed (schriftelijk) mededelingen moet doen aan Opdrachtgever.

85 Idem, alinea 6 onder s. Eén van de weigeringsgronden uit § 14 lid 6 betreft het ontbreken van een schriftelijke wijzigingsopdracht.

86 Idem, alinea 6, onder f.

87 Idem, alinea 22.

88 Rb. Oost-Brabant 14 oktober 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:5031.

89 Feitencomplex ontleend aan alinea's 2.1-3.4 van het vonnis.

De voorzieningenrechter stelt OG in het gelijk, ondanks een veelheid aan verweren van ON.⁹⁰ Het is voldoende aanneemelijk dat tussen partijen overeenstemming bestond over het alternatieve ontwerp DB 2.0. Uit het toezenden van de raming voor het DB 2.0 kan worden afgeleid dat ON van mening was dat dit ontwerp, zoals het op dat moment gereed was, geschikt was om te voldoen aan de eisen. Dit wordt ook bevestigd door de procesafspraken.⁹¹ Andere discussiepunten die partijen verdeeld houden, staan aan toewijzing niet in de weg, nu ON niet aanneemelijk heeft gemaakt dat deze omstandigheden beletten dat het DB 2.0 als § 15 - Wijziging wordt opgesteld en ter Acceptatie wordt ingediend.⁹²

De voorzieningenrechter passeert ook het verweer dat ON op grond van § 15 UAV-GC niet gehouden kan worden wijzigingen door te voeren: OG baseert zijn vordering niet op § 15 UAV-GC, maar vordert nakoming. In dat kader vraagt hij ON te veroordelen tot een Wijziging van het ontwerp, waarvoor § 15 UAV-GC de mogelijkheid biedt.⁹³ Hoewel dit niet met zoveel woorden blijkt, lijkt de rechtbank oog te hebben gehad voor § 15 lid 3 UAV-GC, op grond waarvan ON onder meer verplicht is elk voorstel ter Acceptatie in te dienen dat een Wijziging beoogt van keuzen die ON heeft gemaakt tijdens het verrichten van de Werkzaamheden. Uit het vonnis blijkt immers dat de keuze voor de EssDe-technologie vrijwillig door ON is gemaakt in het kader van het voorlopig ontwerp dat hij tijdens de concurrentiegerichtede dialoog heeft gepresenteerd.

ON wordt niet gevolgd in zijn stelling dat het aanbestedingsrecht aan toewijzing van de vordering in de weg staat (verbod wezenlijk te wijzigen). Volgens de rechter is geen sprake van een wijziging van de opdracht, maar van een wijziging van het ontwerp, zodanig dat ON alsnog aan hun verplichting om het werk te realiseren overeenkomstig de eisen kunnen voldoen.⁹⁴ ON moet binnen één maand na betekening van het vonnis DB 2.0 als § 15 Wijziging opstellen en ter Acceptatie indienen. De voorzieningenrechter heeft er geen vertrouwen dat hij zonder stok achter de deur aan het vonnis zal voldoen. Een dwangsom van € 25.000,00 wordt opgelegd voor iedere dag dat ON te laat is met het indienen van de Wijziging. De dwangsom wordt gemaximeerd op € 1 miljoen.⁹⁵

90 Naast de hier behandelde punten, stellingen inzake: niet-ontvankelijkheid (r.o. 4.2), het bestaan van een ontbindende voorwaarde (alinea 4.10), het beroep op ontbinding van de overeenkomst (r.o. 4.10), en de termijn voor nakoming (r.o. 4.11).

91 Idem, alinea's 4.5 en 4.6.

92 Idem, alinea 4.8.

93 Idem, alinea 4.7.

94 Aanbestedingsrechtelijk gezien zou hier anders tegenaan gekeken kunnen worden en zou ook een wijziging t.o.v. de Aanbieding kunnen leiden tot een wezenlijke wijziging.

95 Idem, alinea 4.12, 5.1 en 5.2.

5. Kosten- en schadevergoeding en termijnsverlenging

5.1 Hoogwaterperikelen

In de zaak die tot dit tussenvonnis heeft geleid, maken een bouwcombinatie en haar vennoten (hierna: ON) aanspraak op termijnsverlenging ex § 44 lid 1 UAV-GC. Dit vanwege vertraging bij de uitvoering van het Werk betreffende het ontwerp en de realisatie van een geul in de uiterwaard "Stadswaard" te Nijmegen.⁹⁶ De eerste vertragende omstandigheid betreft hoogwater. Dit deed zich gedurende het project tweemaal voor en veroorzaakte beide keren dat het werk tijdelijk niet kon worden uitgevoerd. ON stelt dat de hoogwaterstand onvoorzien was. Hoogwater zou in de zomerperiode zeldzaam zijn en er zou sinds 1900 in de maand juni nooit zoveel water de Rijn (en daarmee de Waal) zijn binnengekomen als in juni 2016. Daarmee was de onvoorzien hoogwaterstand van dien aard dat OG naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mocht verwachten dat de Overeenkomst ongewijzigd in stand bleef.

De rechtbank oordeelt anders. Zij stelt voorop dat voor de vraag of sprake is van een onvoorzien omstandigheid in de zin van § 44 lid 1 sub c UAV-GC niet beslissend is of de omstandigheid ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voorzienbaar was. Volgens de rechtbank:

"komt [het] er slechts op aan van welke veronderstellingen partijen zijn uitgegaan; of zij in de mogelijkheid van het optreden van de onvoorzien omstandigheden hebben (willen) voorzien, althans stilzwijgend die mogelijkheid hebben verdisconteerd."

Vervolgens stelt de rechtbank vast dat in dit geval de overeenkomst een Annex (XIV) bevat, waarin een risico-allocatie is opgenomen. Daarin is uitdrukkelijk bepaald dat "*alle fluctuaties in (grond)waterpeil in welke mate dan ook*" voor risico van ON zijn. Daarmee was dus voorzien in de omstandigheid dat zich hoogwater kon voordoen. Tot zover redelijk voorspelbaar.

De rechtbank voegt hier echter een meer principiële overweging aan toe. De rechtbank oordeelt dat bij de aanvaarding van een beroep op onvoorzien omstandigheden in de zin van § 44 lid 1 sub c UAV-GC terughoudendheid moet worden betracht. Bovendien oordeelt de rechtbank dat van een ON mocht worden verwacht dat hij enige vertraging bij een project als dit incalculeert, onafhankelijk van de oorzaak van de vertraging. In dit geval ging het om "*slechts om één week vertraging*" en had ON onvoldoende toegelicht waarom die geringe vertraging een onvoorzien omstandigheid opleverde. Op zichzelf past de terughoudendheid die de rechtbank vooropstelt bij de algemeen geldende leer dat terughoudendheid geboden is bij een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. En daar

96 Rb. Gelderland 12 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1225.

gaat het in wezen om bij een beroep § 44 lid 1 sub c UAV-GC.⁹⁷

De andere verdragende omstandigheden hangen volgens ON samen met de (on)deugdelijkheid van een verkennend bodemonderzoek dat OG bij aanbesteding had verstrekt. Dit deel van het geschil hebben wij hiervoor besproken onder § 3.2.

6. Vervroegde ingebruikname en oplevering, gebreken in opgeleverd werk

De vraag of er was opgeleverd, speelde in de UAV-GC jurisprudentie van afgelopen jaar een minder prominente rol. Meer voor het voetlicht komen met de oplevering verwante thema's, met name de vervroegde ingebruikneming (§ 26 UAV-GC) en de verborgen gebreken-regeling (§ 28 UAV-GC).

6.1 Ziekenhuis Otrabanda

In 2013 sluiten Ballast Nedam (ON) en Sona (OG) een overeenkomst voor ontwerp, realisatie en onderhoud van een ziekenhuis in Otrabanda, Curaçao.⁹⁸ Het project wordt geplaagd door vertraging. Na een eerste periode van vertraging maken partijen afspraken over nieuwe mijlpalen, boetes, vervroegde ingebruikneming en oplevering. En vanwege nieuwe vertraging sluiten partijen in juni 2019 een vaststellingsovereenkomst met daarin nieuwe mijlpalen. Een Mijlpaal 2 wordt gesteld op 31 augustus 2019, waarop het ziekenhuis gereed dient te zijn voor vervroegde ingebruikneming in de zin van § 26 UAV-GC. Daarnaast wordt een Mijlpaal 3a gesteld op 1 oktober 2019 voor afronding van tests voor patiëntveiligheid. Dit laatste heeft tot doel dat uiterlijk op 15 november 2019 de 'Go Live' kan plaatsvinden. Dit houdt in dat het ziekenhuis inclusief patiëntenzorg in gebruik wordt genomen, zij het contractueel gezien via vervroegde ingebruikneming. Mijlpalen 2 en 3a worden niet gehaald. Toch wenst Sona dat de Go Live doorgang vindt. ON wil daaraan pas meewerken als OG (onder meer) (i) garanties biedt voor een ongestoorde voortgang van de resterende werkzaamheden, en (ii) zekerheid biedt voor het voldoen van de betalingsverplichtingen, in de vorm van een bankgarantie van 9 miljoen USD.

De beweegreden voor dit verzet blijkt duidelijk uit het vonnis. ON vreest dat hij de exclusieve feitelijke macht over het ziekenhuis zal verliezen en daarmee de mogelijkheid om retentierecht in te roepen. Omdat partijen § 38 lid 7 UAV-GC – dat ON het recht geeft zekerheid te verlangen ingeval van (dreigende) niet-nakoming door OG – contractueel hebben uitgesloten, zou ON zonder enige vorm van zekerheid komen te staan voor nakoming van de betalingsverplichtingen van OG. Dat, terwijl de onbetaalde termijnen volgens ON circa 7,5 miljoen USD bedroegen en er goede

gronden waren om te vrezen dat OG niet zou gaan voldoen. En dat laatste had ON goed ingeschat, want OG stelt zich vervolgens inderdaad op het standpunt dat alle betalingsverplichtingen al zijn voldaan, zo niet door betaling, dan wel door verrekening. Het conflict was dus compleet. OG start het kort geding om ongeclausuleerde medewerking met de Go Live af te dwingen. In reconventie zet ON in op verkrijging van de gewenste bankgarantie en, voor zover hij met de Go Live moet meewerken, een daaraan te koppelen voorwaarde van ongestoorde voortgang van het Werk.

Het Gerecht stelt OG volledig in het gelijk. Hij stelt voorop dat ON zelf heeft gesteld dat de Go Live op een voor patiënten veilige manier mogelijk is. Daarnaast oordeelt het Gerecht dat ingevolge § 26 UAV-GC sprake moet zijn van behoud van "de mogelijkheid van voldoende voortgang van het werk". Er volgt dus niet uit dat van een vervroegde ingebruikneming geen enkel effect op de voortgang mag hebben; ON zal een zekere mate van hinder tot op zekere hoogte moeten dulden, zolang voldoende voortgang van het werk maar niet *onmogelijk* wordt. En dat laatste acht het Gerecht niet aannemelijk. Verder passeert het Gerecht het verweer dat ON medewerking aan vervroegde ingebruikneming mag opschorten omdat facturen onterecht onbetaald zijn gebleven. Die openstaande facturen acht het Gerecht niet aangetoond, tegenover het verweer van OG dat aan alle betalingsverplichtingen zijn voldaan, al dan niet door te verrekenen. Aldus ziet het Gerecht geen gronden aanwezig voor de weigering van de vervroegde ingebruikname, zodat de vordering tot medewerking daaraan wordt toegewezen.

In reconventie wijst het Gerecht de 'voorwaarde van ongestoorde voortgang van het werk' af. Daarbij heeft ON volgens het Gerecht geen belang, nu het gevraagde niet anders is dan wat § 26 UAV-GC al regelt. Ook de vordering tot verstrekking van een bankgarantie wordt afgewezen. Hier stelt het Gerecht vast dat partijen § 38 lid 7 UAV-GC hebben uitgesloten. Dat ON zodoende geen zekerheden meer in handen zal hebben, moet ON volgens het Gerecht hebben voorzien toen hij de overeenkomst sloot. Dit oordeel laat overigens goed het belang zien van § 38 lid 7 UAV-GC als tegenwicht tegenover § 26 UAV-GC dat de uitoefening van retentierecht onder omstandigheden kan frustreren. Een balans overigens die ook in de UAV 1989/2012 aanwezig is.⁹⁹

6.2 Vervangen Broekstuk I en II

In § 3.4 bespraken wij het tussenvonnis van de Rechtbank Den Haag¹⁰⁰ waarin de rechtbank kort samengevat oordeelde dat OG ten koste van ON ongerechtvaardigd is verrijkt. OG wordt in beginsel schadelijkt geacht voor zover ON de kosten (i) voor het vervangen van de compensator door een andere aansluiting van het Broekstuk op de bestaande leiding en (ii) voor het aanpassen van het leidingverloop in het Broekstuk om die aansluiting te kunnen

97 Zie de toelichting op de UAV-GC, p. 98; § 44 lid 1 sub c UAV-GC sluit aan bij de onvoorziene omstandigheden-regeling van art. 6:258 BW. Art. 6:258 BW is een species van art. 6:248 lid 2 BW, de algemene regeling van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

98 Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao 14 november 2019, ECLI:NL:OGECAC:2019:334.

99 Zie § 10 lid 3 UAV 1989/2012 (vervroegde ingebruikneming) en § 43a lid 3 UAV 1989/2012 (zekerheidstelling).

100 Rb. Den Haag 1 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:2927.

realiseren, voor zijn rekening heeft genomen. De kosten gemoeid met het vervangen van PE-leidingen door stalen leidingen, dienen voor rekening van ON te blijven. Dit deel van de aansprakelijkheid van ON werd gestoeld op § 28 UAV-GC omdat de betreffende gebreken enkele jaren na oplevering aan het licht kwamen en niet gebleken was dat die gebreken aan OG konden worden toegerekend.

In het eindvonnis¹⁰¹ gaat de rechtbank in op de schadeomvang. De omvang van de ongerechtvaardigde verrijking dient duidelijk te worden waarvoor van belang is te weten welke schadeposten betrekking hebben op het vervangen van de compensator en het aanpassen van het leidingverloop.¹⁰² De rechtbank overweegt in reactie op het betoog van OG dat ON niet zou hebben voldaan aan contractuele wettelijke waarschuwingsplichten [omtrent schade-omvang, *red.*], dat het herstel van het Broekstuk niet kan worden aangemerkt als een door OG gewenste toevoeging of verandering in het werk in de zin van art. 7:755 BW en evenmin als een geval waarin OG recht heeft op kostenvergoeding zoals bedoeld in § 44 UAV-GC, al is het maar omdat dit artikel en deze paragraaf zien op werken in uitvoering die nog moeten worden opgeleverd. Daar komt bij – zo oordeelt de rechtbank – dat OG gezien zijn nauwe betrokkenheid ervan op de hoogte was dat de herstelwerkzaamheden van ON ingrijpend en kostbaar waren. OG kan ON achteraf niet verwijten niet steeds geïnformeerd te zijn over de exacte herstelkosten, gelet op het feit dat OG van meet af aan resoluut iedere aansprakelijkheid van de hand heeft gewezen, niet bereid was om een aparte opdracht voor de herstelwerkzaamheden te verstrekken en dus ook niet om afspraken te maken over een redelijke prijs.¹⁰³

De algemene bepalingen omtrent schadevergoeding zijn van toepassing. Op grond van art. 6:97 BW moet de rechter de schade begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Schade kan worden geschat als de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, maar wel voldoende aannemelijk is gemaakt dat schade is geleden.¹⁰⁴ De volgende schadeposten worden voor een deel ook op basis van schatting toegewezen:

- (i) 50% van de opgevoerde loonkosten van de projectleider, uitvoerder, calculator/werkvoorbereider en maatvoerder vanaf moment dat schade compensator aan het licht was gekomen en 25% van de opgevoerde loonkosten van contractmanager en projectadministrateur;
- (ii) een deel van de kosten van Lievense (onderzoeks- en ontwerpkosten);
- (v) materiaalkosten; en
- (vi) deels van de kosten TPI (onderaannemer).¹⁰⁵

Het toegewezen bedrag dient vermeerderd te worden met BTW aangezien de schadevergoeding moet worden aangemerkt als de vergoeding voor een door de ontvangende

partij verrichte prestatie.¹⁰⁶ Het grootste deel van het toegewezen bedrag dient te worden vermeerderd met wettelijke rente, omdat wettelijke handelsrente geen betrekking heeft op een verbintenis tot schadevergoeding uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.¹⁰⁷

6.3 *Schadestaat segmentenhefdeur*

Het segmentenhefdeur-saga gaat voort. Vorig jaar is het hoger beroep tegen een tussenvonnis in de schadestaatprocedure geweest.¹⁰⁸ In de hoofdprocedure hebben appellarbeters geoordeeld dat OG heeft mogen besluiten de overeenkomst te ontbinden vanwege toerekenbare tekortkomingen van ON. De kwestie is verwezen naar de schadestaat. In het (uitgebreide) appelvonnis zijn de nodige lezenswaardige overwegingen terug te lezen over de reikwijdte van de schadestaatprocedure,¹⁰⁹ het terugkomen op bindende eindbeslissingen,¹¹⁰ voordeeltorekening,¹¹¹ en eigen schuld.¹¹² De relevantie van dit appelvonnis voor deze kroniek is met name gelegen in de overwegingen over het beroep van ON op de aansprakelijkheidsbeperking uit § 28 lid 3 UAV-GC.

In eerste aanleg van de schadestaatprocedure hebben arbiters geoordeeld dat ON geen beroep toekomt op de aansprakelijkheidsbeperking ex § 28 lid 3 UAV-GC.¹¹³ ON richt tegen dit oordeel vier grieven, die zich lenen voor gezamenlijke behandeling. Hij voert aan dat (appel)arbiters in de hoofdprocedure ten aanzien van de scheurvorming van de lussen de verborgen gebreken regeling uit § 28 lid 1 sub c UAV-GC hebben toegepast en in dat kader hebben geoordeeld dat een oplevering van het (afgeronde) werk heeft plaatsgevonden (§ 24 UAV-GC). Volgens ON moet daarom bij het begroten van de schade de aansprakelijkheidsbeperking van § 28 lid 3 UAV-GC worden toegepast.

Appellarbeters overwegen dat ON pas een beroep toekomt op die aansprakelijkheidsbeperking als er is opgeleverd. Het is echter niet vast komen te staan dat het werk door ON als opleveringsgereed is gemeld, laat staan dat het werk is aanvaard door OG.¹¹⁴ Er heeft weliswaar een opname plaatsgehad, maar die was volgens arbiters bedoeld om duidelijkheid te verkrijgen welke werkzaamheden na de ontbinding van de overeenkomst nog moesten worden verricht, zie ook § 46 UAV-GC. Appellarbeters oordelen aldus dat geen oplevering heeft plaatsgevonden in de zin van § 24 UAV-GC zodat ON geen beroep toekomt op § 28 lid 3 UAV-GC. Dat in de hoofdprocedure de term “*verborgen gebreken*” is gebruikt en dat in het tussenvonnis in hoger beroep is overwogen

106 Idem, alinea 2.63.

107 Idem, alinea 2.65.

108 RvA 25 mei 2020, nr. 72.186 en 72.187. Het eerste aanleg vonnis in de schadestaatprocedure d.d. 14 januari 2019, nr. 35.319 hebben wij besproken in de Kroniek UAV-GC uitspraken 2019, BR 2020/24, § 5.1.

109 Idem, alinea 52 e.v.

110 Idem, alinea 28 e.v.

111 Idem, alinea 40 e.v.

112 Idem, alinea 45 e.v.

113 RvA 14 januari 2019, nr. 35.319.

114 RvA 25 mei 2020, nr. 72.186 en 72.187, alinea 97.

101 Rb. Den Haag 21 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10527.

102 Idem, alinea 2.2.

103 Idem, alinea 2.11.

104 Idem, alinea 2.15.

105 Idem, alinea's 2.17-2.60.

dat boutverbindingen “bij oplevering” zichtbaar waren,¹¹⁵ maakt dit oordeel niet anders. Hooguit kan daaruit worden afgeleid dat sprake is van gebreken die redelijkerwijs bij de opname ter gelegenheid van de beëindiging als bedoeld in § 46 lid 1 UAV-GC niet zichtbaar waren.¹¹⁶ Appellarbiters concluderen aldus dat geen sprake is van een aanspraak uit hoofde van verborgen gebreken, maar van ontbinding van de overeenkomst op grond van de wet.

7. Varia

Tot slot bespreken wij nog enkele uitspraken die vallen buiten de thema's die wij al hebben behandeld.

7.1 Vervangen Broekstuk I

Het tussenvonnissen van 1 april 2020 van de Rechtbank De Haag¹¹⁷ is in § 3.4 hiervoor uitvoeriger besproken. Het tussenvonnissen betreft het Werk Bouwkundige, civiele, werktuigbouwkundige werkzaamheden voor een poldergemeal met bijbehorende grondwerken. Op deze plek bespreken wij enkel het oordeel van de rechtbank over de primaire stelling van ON in deze kwestie.

ON was enkele jaren na oplevering, nadat gebreken aan het licht waren gekomen en na overleg met OG, overgegaan tot het plegen van herstelwerkzaamheden door het zogenaamde Broekstuk (een onderdeel van het uitgevoerde Werk) te vervangen. OG weigerde ON daarvoor te betalen. ON maakt aanspraak op betaling. ON baseerde zijn betalingsaanspraak primair op de stelling dat OG zou hebben opgedragen het Broekstuk te vervangen, in welk verband OG zijn deel van de (betalings-)verplichtingen diende na te komen. Nu ON zich beroept op het bestaan van de opdracht en daaraan rechtsgevolgen verbindt, dient ON te stellen en zo nodig te bewijzen dat de opdracht is verstrekt.¹¹⁸ OG betwist dat de opdracht is verstrekt.

De rechtbank volgt OG daarin. De enkele opmerking van Witteveen+Bos dat ON zijn werkplan voor de herstelwerkzaamheden ter Acceptatie moest aanbieden aan OG, kan niet worden begrepen als het namens OG verlenen van een aparte opdracht tot herstel aan ON, voor zover Witteveen+Bos al bevoegd zou zijn OG hierin te vertegenwoordigen. Witteveen+Bos heeft willen voorzien in de behoefte van OG om zekerheid te krijgen over de kwaliteit van de noodzakelijke herstelwerkzaamheden door ON, zoals dit ook het geval is in de UAV-GC geregelde Toetsing- en Acceptatieprocedures (vgl. § 20 en 21 UAV-GC) en de hiermee in lijn liggende artikelen 11 en 12 Basisovereenkomst. Dat Witteveen+Bos in een toetsingsformulier heeft aangegeven dat ON verder kon gaan met de uitwerking van het ontwerp voor het herstel, duidt evenmin op een door OG nieuw verleende opdracht.¹¹⁹

115 Appellarbiters merken hierover nog op dat die term lijkt te zien op werkzaamheden van een andere aannemer, zie alinea 98.

116 Idem, alinea 100.

117 Rb. Den Haag 1 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:2927 (tussenvonnissen).

118 Idem, alinea 4.3.

119 Idem, alinea 4.4.

7.2 Uitleg vaststellingsovereenkomst

Uit dit arbitraal vonnis blijkt dat OG aan ON op 30 september 2015 opdracht heeft gegeven voor het ontwerpen en realiseren van een Werk tegen een aanneemsom van € 142 miljoen excl. BTW.¹²⁰ Het Werk zal uiteindelijk worden gebruikt door een aantal instellingen. Tijdens de uitvoering ontstaat een aantal geschillen. Eén daarvan heeft betrekking op de eisen en wensen van de instellingen in het kader van het ontwerpproces (hierna: Ontwerpaanpassingen) en mondt uit in een vaststellingsovereenkomst op 11 juli 2018. Kernvraag die aan arbiters wordt voorgehouden is hoe de vaststellingsovereenkomst moet worden uitgelegd met betrekking tot de daarin genoemde stelpost voor de Ontwerpaanpassingen en het voor de opslagen te hanteren “gebruikelijke percentage over de directe bouwkosten”.¹²¹ Arbiters leggen de discussie langs de Haviltexmaatstaf waarna ON op basis van de gehanteerde uitleg in overwegende mate in het ongelijk wordt gesteld.¹²²

7.3 Opheffingskortgeding nascheidingsinstallatie

Over de nascheidingsinstallatie van AEB is al het nodige te doen geweest. Vorig jaar stonden wij stil bij de arbitrale vonnissen inzake de oplevering van en gebreken aan deze installatie.¹²³ Deze zaak heeft in 2020 een civiele staart gekregen.¹²⁴ Naar aanleiding van de arbitrale vonnissen heeft ON AEB namelijk gesommeerd de prestatieverklaringen voor het MJO te verstrekken en € 5.333.508,- te betalen. AEB stelt hiertoe niet gehouden te zijn. ON legt daarop conservatoir derdenbeslag onder de gemeente Amsterdam, de grootste opdrachtgever van AEB. In dit kort geding vordert AEB opheffing van het beslag, zowel op grond van de ondeugdelijkheid van het ingeroepen recht, de omstandigheid dat beslag onnodig is, en dat het beslag vexatoir is.¹²⁵ De rechtbank laat het beslag echter in stand. We bespreken enkel de overwegingen die een relatie hebben met de eerdere arbitrale vonnissen.

Ter zake de gestelde ondeugdelijkheid voert AEB aan dat de redenering en het oordeel van de Raad van Arbitrage op fundamentele fouten berust, en dat uit die vonnissen geen betalingsverplichtingen voortvloeien. Dit is volgens de voorzieningenrechter echter aan de arbitrale appelrechter om te beoordelen. Hij dient zich te richten naar het oordeel in eerste aanleg, tenzij voorshands blijkt dat sprake is van evidente onjuistheid van die arbitrale vonnissen. Dat is onvoldoende aannemelijk geworden. Dat geen betalingsverplichting aan AEB is opgelegd, maakt niet dat summierlijk is gebleken van de ondeugdelijkheid van de vordering. Die is immers gebaseerd op de Basisovereenkomst, de prestatieverklaring van 25 april 2018 en het oordeel dat het Werk

120 RvA 4 juni 2020, nr. 36.905.

121 Idem, alinea 56.

122 Idem, alinea 57 en 58.

123 Kroniek UAV-GC 2019, BR 2020/24, § 5.3 en 6.2.

124 Rb. Amsterdam 14 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2303.

125 Feitenschets uit r.o. 2.12-2.15 van het vonnis.

is opgeleverd en dat het meerjarig onderhoud is aangevangen.¹²⁶

7.4 *Het Gele Boekje en beroep op niet-ontvankelijkheid*

In een incidenteel vonnis staat de vraag centraal of ON ontvankelijk was in zijn vorderingen die zien op VTW's en betaling van het openstaande deel van de laatste termijn van de aanneemsom.¹²⁷ Volgens OG is dat niet het geval, omdat ON niet heeft voldaan aan voorschrift § 47-01 Gele Boekje (versie 05) (aanvulling op § 47 UAV-GC). Daarin staat dat iedere partij die voornemens is een geschil aan arbitrage te onderwerpen, dit voornemen tijdig schriftelijk bekend moet maken aan de wederpartij. Specifiek dient ON zich te wenden tot [OG] Projecten, afdeling E., Manager Juridische Zaken. De betreffende toelichting bij het Gele Boekje vermeldt:

“Voordat de opdrachtnemer dan wel [OG] een arbitrageprocedure start, is het van belang dat hierover op bedrijfsniveau afstemming plaatsvindt tussen de juridische afdelingen van beide partijen. Hierdoor kan efficiënter worden geprocedeerd. Ook scheidt het bij de andere partij de mogelijkheid te anticiperen op een arbitrageverzoek.”

Terwijl partijen nog in gesprek zijn, zendt OG op 9 mei 2019 een eindafrekening toe. ON reageert daarop per brief van 24 juli 2019 (gericht aan D. bouwmanager van OG en ondertekenaar eindafrekening) met de mededeling hiermee niet akkoord te zijn. ON maakt daarbij zijn voornemen kenbaar tot het opstarten van arbitrage, indien partijen niet alsnog tot een minnelijke oplossing zouden komen. Daarbij zendt ON ook een concept memorie van eis toe en doet het verzoek om in week 38 of 39 (wederom) in gesprek te gaan. Na het uitblijven van een reactie van OG daarop en een rappel gericht aan D., volgt een korte reactie van een bedrijfsjurist H. van OG (afdeling I.) die te kennen gaf dat afhandeling van de concept memorie langer op zich had laten wachten. Uiteindelijk vindt op 1 oktober 2019 een gesprek plaats tussen partijen waarbij van de zijde van OG aanwezig waren K. (projectmanager), L. (RSE), M. (kostendeskundige) en H. (bedrijfsjurist). Namens ON was de directie aanwezig en hun advocaat.

Op 18 oktober 2019 laat ON per e-mail aan ON (gericht aan jurist H.) weten dat het overleg helaas niet heeft geleid tot vertrouwen aan zijn kant van enige schikkingsbereidheid aan de zijde van ON en zich zal voorbereiden op het opstarten van een arbitrale procedure. De inhoudelijke reactie van OG op de brief met concept memorie d.d. 24 juli 2019, volgt op 30 oktober 2019. Die reactie geeft voor ON geen aanleiding het geschil niet aan de RvA voor te leggen. ON maakte de arbitrage per memorie van eis d.d. 8 november

2019 aanhangig, precies binnen zes maanden na ontvangst van de eindafrekening.¹²⁸

Arbiters oordelen dat ON, zo niet naar de letter dan wel naar de geest, het Gele Boekje heeft nageleefd. Het had op de weg van D. en/of H. gelegen de correspondentie naar de juiste persoon/personen door te leiden, te weten “*de manager juridische zaken*”, dan wel degenen die in het Gele Boekje staan vermeld (waarvan de naam/namen door OG niet zijn prijsgegeven). Er heeft afstemming op bedrijfsniveau plaatsgevonden over de arbitrage tussen een jurist van OG en de directie van ON, en OG heeft ruimschoots de tijd gekregen te anticiperen op de arbitrage. Dat de achtergrond van de aanvulling op § 47 UAV-GC zou zijn dat een derde, zonder emotionele betrokkenheid tot een meestal jarenlang lopend project, die bevoegd is OG ter zake te vertegenwoordigen, zich over de kwestie kan buigen en kan voorleggen aan de *claim counsel* binnen OG, was voorafgaand aan de arbitrage niet kenbaar voor ON en kan dan ook niet als overeengekomen gelden. ON kan worden ontvangen in zijn vorderingen.¹²⁹

Daarmee zijn we aan het einde gekomen van deze kroniek. Wij zijn benieuwd naar reacties van lezers en zien er naar uit om volgend jaar deze traditie voort te zetten.

126 Idem, r.o. 4.3 en 4.4.

127 RvA 13 augustus 2020, nr. 36.827.

128 De zes maanden termijn staat ook vermeld in § 47 UAV-GC. Na deze termijn, die ingaat op het moment dat OG per aangetekende brief daarop de aandacht heeft gevestigd, is ON niet-ontvankelijk in hetgeen hij meer of anders vordert dan de eindafrekening inhoudt, tenzij de vordering voortvloeit uit een omstandigheid die eerst na afloop van de termijn van zes maanden is gebleken. OG verstrekke ON op 30 oktober 2019 een ontwerp-rapport met bijlagen (totale omvang 216 pagina's (zie alinea 27)) nog nèt binnen de zes maanden termijn, waardoor ON zich (net) niet had kunnen beroepen uit de laatste zin van § 47 lid 3 UAV-GC.

129 De kernoverwegingen van arbiters zijn te vinden in alinea's 24-26 van het vonnis.