

## Kroniek UAV-GC 2005 uitspraken 2017

BR 2018/17

De UAV-GC 2005 staan in de belangstelling. Geïntegreerde contracten met toepassing van de UAV-GC 2005 worden steeds vaker gesloten, en ook zijn de eerste stappen gezet in de richting van hybride contracten.<sup>2</sup> Contracteren onder de UAV-GC 2005 betekent een fundamenteel andere rol voor alle betrokken partijen. Dat is iets wat nog lang niet altijd (voldoende) wordt onderkend en waar partijen ook blijkens de rechtspraak nog al eens mee worstelen.<sup>3</sup> De UAV-GC 2005 zelf worden op dit moment herzien. Tegelijkertijd heerst er nog een zekere mate van onduidelijkheid over de (juiste) uitleg en toepassing van deze contractvorm, mede doordat er nog betrekkelijk weinig jurisprudentie over de UAV-GC 2005 voorhanden is. Iedere (inhoudelijke) uitspraak die over de UAV-GC 2005 verschijnt, draagt in beginsel dan ook bij aan extra duidelijkheid. Dat maakt het de moeite waard een overzicht te schetsen van het palet aan UAV-GC 2005 uitspraken van afgelopen jaar.

In deze kroniek bespreken wij tien arbitrale<sup>4</sup> vonnissen die in 2017 zijn verschenen.<sup>5</sup> Ook permitteren we ons zo nu en dan een korte terugblik naar het verleden, en een kleine doorkijk naar 2018. De volgende onderwerpen komen aan bod:<sup>6</sup>

1. Worden de principes van de UAV-GC 2005 nageleefd?
2. Informatieverschaffing;
3. Wijzigingen;
4. Bijbetaling;
5. Vergunningen;
6. Bodemaspecten;
7. Varia.

### 1. Worden de principes van de UAV-GC 2005 nageleefd?

Ten opzichte van de klassieke aannemingsovereenkomst (bijvoorbeeld onder de UAV 2012), bieden de UAV-GC 2005 mogelijkheden voor de OG om ontwerpverantwoordelijkheid bij de ON neer te leggen, in een door hem zelf te bepalen mate. Uitgangspunt is dan vervolgens dat de OG bij de uitvoering van de (nadere) ontwerp- en uitvoeringswerkzaamheden van de ON een meer terughoudende/passieve rol aanneemt.

Deze uitgangspunten leiden in de praktijk nog geregeld tot problemen.<sup>7</sup> Enerzijds wordt de verdeling van ontwerpverantwoordelijkheden en –risico's onder de UAV-GC 2005 niet altijd juist begrepen en wordt de mate van risico-overheveling naar de ON overschat. Anderzijds wordt de bij de UAV-GC 2005 behorende rolverdeling nog wel eens miskend en bestaat de neiging bij partijen om zich bij de uitvoering toch te gedragen alsof sprake is van een klassieke aannemingsovereenkomst.<sup>8</sup> Als partijen dat doen, kan dat gevolgen hebben voor de risicoallocatie en kostenvergoedingen. Over deze problematiek is in de achterliggende periode een aantal interessante vonnissen verschenen.

In hun vonnis van 6 februari 2017,<sup>9</sup> pogen arbiters mogelijke variaties in de toepassing van dit principe te duiden. Dit doen zij enerzijds door aan te geven dat de UAV-GC 2005 uitgaan van het in zekere mate bij de ON neerleggen van ontwerp-risico's, risico's inzake goedkeuringen, et cetera. Anderzijds signaleren zij dat, ook bij toepasselijkheid van de UAV-GC 2005, de mate van risicoallocatie bij de ON kan worden beperkt, naar mate de OG de ontwerp-opgave en informatieverstrekking zelf vergaand invult. In die laatste situatie laat OG immers aan ON feitelijk weinig of geen eigen ontwerp-ruimte meer, zodat hij op die wijze alsnog de rol van de ON feitelijk beperkt tot een uitsluitend (klassieke) uitvoerende rol.<sup>10</sup>

Overigens past een aantal kritische kanttekeningen bij de wijze waarop arbiters in dit vonnis de risicoverdeling op basis van het systeem van de UAV-GC 2005 schetsen. Zo oordelen zij dat in het systeem van de UAV-GC 2005 niet (uitdrukkelijk) is ingebed dat de mate waarin risico's bij de ON is neergelegd, beperkter is naar mate hem minder Ontwerpwerkzaamheden worden opgedragen en de contractstukken meer gespecificeerd en gedetailleerd zijn. Enkel § 3 lid 2 UAV-GC 2005, dat ziet op door de OG verstrekte in-

1 Arjan ter Mors, Sjoerd Schouten en Rick van Cooten zijn allen advocaat bouw- en aanbestedingsrecht bij infense advocaten te Deventer. De auteurs danken mr. drs. Erik Plas, wetenschappelijk medewerker bij Infense advocaten, voor zijn ondersteuning.

2 Zo worden vanuit het CROW voor de GWW-sector initiatieven ontplooid waarbij in één contract de RAW-systematiek wordt gecombineerd met de UAV-GC.

3 Vgl. M.A.B. Chao-Duivis, 'Canon van het bouwrecht: De UAV-GC 2005', *TBR* 2017/196, par. 4.

4 In 2017 zijn geen voor de uitleg van de UAV-GC 2005 relevante uitspraken van civiele rechters verschenen. Het vonnis van de Rb. Den Haag d.d. 10 februari 2017 (ECLI:NL:RBDHA:2017:1205) is enkel aanbestedingsrechtelijk relevant. De vernietigingsactie die aan de orde was in het arrest van het Hof Amsterdam d.d. 1 augustus 2017 (ECLI:NL:GHAMS:2017:3133), geeft evenmin duiding aan de uitleg en toepassing van de UAV-GC 2005. Dat geldt ook voor het arrest van het Hof Amsterdam d.d. 29 augustus 2017 (ECLI:NL:GHAMS:2017:3491), dat betrekking had op een vordering uit hoofde van schadevergoeding en waarin de UAV-GC slechts eenmaal zijdelings worden genoemd.

5 De kopij is afgesloten op 1 februari 2017. Uitspraken gewezen in 2017, maar die in 2018 wellicht nog worden gepubliceerd, worden in een volgende kroniek meegenomen.

6 De aanbestedingsrechtelijke vraag of en hoe van de UAV-GC 2005 kan worden afgeweken, valt buiten het bestek van deze kroniek. Verwezen wordt naar het artikel van Orobio de Castro en Verweij: 'Afwijken van de UAV-GC, wat zijn de (on)mogelijkheden?', *TA* 2017/6. Zie ook de ProRail aanvullingen en/of wijzigingen op de UAV-GC 2005 [Gele Boekje, versie 006].

7 Zie ook R.G.T. Bleeker, W.J.M. Herber & B. van der Zijpp, *UAV-GC 2005. Over problemen bij het werken met geïntegreerde contracten*, Den Haag: IBR 2016.

8 Vgl. RvA nr. 34.849 d.d. 4 april 2016, r.o. 18.

9 RvA nr. 35.620.

10 RvA nr. 35.620, r.o. 11 en 12.

formatie, zou hier volgens arbiters uitdrukking aan geven. Daarbij kan een kanttekening worden geplaatst.

Zo bepaalt § 3 lid 3 UAV-GC 2005 dat de OG verantwoordelijkheid draagt voor de Vraagspecificatie, die (uitgaande van het systeem van de Model Basisovereenkomst bij de UAV-GC 2005) een in meer of mindere mate door hem uitgewerkt ontwerp kan bevatten.<sup>11</sup> De mogelijk variabele invloed van de OG op (onder meer) de Ontwerpwerkzaamheden, afhankelijk van te dien aanzien gemaakte keuzes en afspraken, lijkt dus wel degelijk onderdeel van de UAV-GC 2005 te zijn.<sup>12</sup>

Een tweede (meer fundamentele) kanttekening betreft de overweging van arbiters<sup>13</sup> dat voor zover de ON op basis van de ontwerpstukken van de OG eigen ontwerpactiviteiten moet ontplooiën, de ON wordt geacht het ontwerp van de OG te aanvaarden en daarmee ook het risico voor dat ontwerp over te nemen. Een dergelijke risico-overname lijkt niet te volgen uit het systeem van de UAV-GC 2005. Integendeel. Zoals toegelicht, draagt de OG verantwoordelijkheid voor de Vraagspecificatie (§ 3 lid 2 UAV-GC 2005). Daar tegenover staat enkel de waarschuwingplicht van de ON, beperkt tot klaarblijkelijke fouten (§ 4 lid 7 UAV-GC 2005). Deze uitspraak is op dit punt dan ook – ons inziens terecht – kritisch ontvangen.<sup>14</sup>

Overigens lijkt deze uitspraak van 6 februari 2017 in deze benadering enigszins op zichzelf te staan. In 2014 oordeelden arbiters ook dat sprake was van het 'overnemen' van de verantwoordelijkheid van het door de OG verstrekte ontwerp (in die zaak: een ontwerp op DO-niveau).<sup>15</sup> Echter, in die zaak speelde een clausule die over 'overnemen' sprak. Desondanks werd dit vonnis in hoger beroep op dit punt vernietigd, onder verwijzing naar de verantwoordelijkheden van de OG onder § 3 UAV-GC 2005 voor het door hem aan de voorkant verstrekte ontwerp en de beperkte waarschuwingplicht van de ON ingevolge § 4 lid 7 UAV-GC 2005.<sup>16</sup>

In dezelfde zin oordelen arbiters in een zeer recent vonnis van 11 januari 2018.<sup>17</sup>

“voor zover opdrachtgeefster heeft willen betogen dat in geval van toepasselijkheid van de UAV-GC aanneemster alle ontwerpverantwoordelijkheid en bijbehorende risico's draagt dan wel overneemt van opdrachtgeefster, is die opvatting in het algemeen – en ook in dit specifieke geval – naar het oordeel van arbiters onjuist.”

Arbiters benadrukken het systeem van variabele invloed op het Ontwerp, al naar gelang de keuzes die de OG maakt: “de opdrachtgever heeft flexibele mogelijkheden voor een actieve dan wel minder actieve/passieve betrokkenheid bij het project. Zij kan volstaan met een programma van eisen, maar kan ook het DO aanleveren”.<sup>18</sup> En ook hier verwijzen arbiters naar de verantwoordelijkheden van de OG voor (onder meer) de Vraagspecificatie en de beperkte waarschuwingplicht van de ON.<sup>19</sup> Zodoende ligt bij de ON de verantwoordelijkheid om, uitgaande van de Vraagspecificatie, (het Ontwerp zo nodig verder uit te werken en) het opgedragen Werk conform de Vraagspecificatie te realiseren, waarbij tijdens de uitvoering voor de OG in beginsel geen andere rol is weggelegd dan de overeengekomen toetsing- en acceptatiewerkzaamheden op het juiste moment uit te voeren en te beslissen over door de ON voorgestelde Wijzigingen.<sup>20</sup>

Echter, in deze zaak schikte de OG zich niet in die eigenlijke rolverdeling. Arbiters stellen vast dat tijdens de uitvoering de (architect van de) OG zich regelmatig met de uitvoering bemoeide en diverse Wijzigingen doorvoerde. Arbiters oordelen dat dit een handelswijze is die meer past bij een traditionele aannemingsovereenkomst dan bij een geïntegreerd contract en dat die bemoeienis mee kan brengen dat de ON niet meer ongeclausuleerd verantwoordelijk is voor het eindresultaat.<sup>21</sup>

Vrij vertaald: sluiten partijen een geïntegreerd contract met verdergaande verantwoordelijkheden voor de ON, dan behoort de OG de ON voor die verantwoordelijkheid ook de ruimte te laten en zich meer terughoudend op te stellen. Verschiet de OG in 'oud gedrag', te weten een meer inmenigende opdrachtgeversrol, dan trekt hij daarmee mogelijk verantwoordelijkheden (terug) naar zich toe. Arbiters gaan zelfs zo ver dat in zo'n geval (onder meer) het niet of te laat waarschuwen door ON voor klaarblijkelijke fouten in het Ontwerp van de OG (§ 4 lid 7 UAV-GC 2005), mogelijk niet onverkort kan worden aangerekend.<sup>22</sup>

Hiermee vergelijkbaar is het oordeel van arbiters op 3 juli 2017.<sup>23</sup> Deze zaak betrof een geschil over een D&C-opdracht ten behoeve van het realiseren en omleggen van een provinciale weg, met daarbij ook het saneren, bouw- en woonrijp maken en realiseren van diverse woningen en appartementen op een ontwikkellocatie. Van belang is dat in deze

11 Vergelijk ook § 3 leden 4, 5 en 7 UAV-GC 2005, voor de verantwoordelijkheid van de OG voor door haar opgedragen Wijzigingen in de zin van § 4 UAV-GC 2005, de functionele geschiktheid van voorgeschreven goederen en leveranciers.

12 Zie ook de Toelichting bij de MBO en UAV-GC 2005, Ede: CROW 2005, p. 21, de toelichting op artikel 5 MBO, onder de kop “variabele invloed van de Opdrachtgever op de Ontwerpwerkzaamheden”.

13 RvA nr. 35.620, r.o. 11.

14 W.J.M. Herber, ‘Enkele misverstanden over de UAV-GC’, TBR 2017/75, par. 2; A. van der Stoep, ‘Ontwerpverantwoordelijkheid en de UAV-GC 2005’, Vastgoedrecht 2017-5, p. 129.

15 RvA 22 oktober 2014, nr. 34.139, r.o. 17-23.

16 RvA 29 september 2016, nr. 71.990, r.o. 19-20, m.nt. M.R. Lim BR 2017/8.

17 RvA nr. 35.734, r.o. 112. Strikt genomen valt deze uitspraak buiten de reikwijdte van deze kroniek, nu zij in 2018 is geweest. Gezien het aanmerkelijke belang van deze uitspraak, achten wij een korte behandeling toch geëigend.

18 RvA nr. 35.734, r.o. 112.

19 RvA nr. 35.734, r.o. 111.

20 RvA nr. 35.734, r.o. 113.

21 RvA nr. 35.734, r.o. 114.

22 RvA nr. 35.734, r.o. 115.

23 RvA nr. 35.777.

zaak niet is gecontracteerd onder toepassing van de UAV-GC 2005, maar onder toepassing van de UAV 1989. Desalniettemin, zo oordelen arbiters, is in dit geval duidelijk dat partijen een D&C-overeenkomst hebben beoogd en die ook zijn aangegaan.

Daarvan uitgaande, oordelen arbiters vervolgens over de vraag of aanvullende provinciale eisen, die na contractsluiting waren gebleken, aanspraak gaven op verrekening van meerwerk. In uitgangspunt niet, zo stellen arbiters voorop, aangezien partijen een D&C-overeenkomst zijn aangegaan, waarbij ontwerprisico's bij de aannemer zijn neergelegd. Dat gold ook voor het risico van het verkrijgen van benodigde goedkeuringen. Toch wordt de vordering van de aannemer toegewezen.

Arbiters stellen namelijk vast dat in dit specifieke geval (mede) door de OG erop was aangestuurd dat de ON overeenkomstig de door de Provincie gestelde aanvullende eisen zou conformeren en dat de OG dit deed in de wetenschap dat de ON voor het voldoen aan die aanvullende eisen meer kosten zou moeten maken. Dit brengt mee dat de ON erop mocht vertrouwen dat de OG het uit te voeren werk ter voldoening aan de aanvullende provinciale eisen als meerwerk zou vergoeden. Ook hier dus een aardig voorbeeld waarin de bemoeienis van de OG, met een proces dat vanwege de gekozen contractvorm eigenlijk onder de verantwoordelijkheid en het risico van de aannemer is gebracht, tot gevolg heeft dat de OG de daarmee samenhangende – in dit geval kostenconsequenties – naar zich toe trekt.<sup>24</sup>

Ten slotte is nog kort het vonnis van 2 november 2017 vermeldenswaardig. Hoewel de zaak zelf nogal atypisch is en van een normale toepasselijkheid van de UAV-GC 2005 geen sprake is, wordt ook in deze zaak het principe bevestigd dat bemoeienis vanuit de OG met de uitvoering gevolgen kan hebben voor de risicoallocatie en kostenvergoedingen.<sup>25</sup>

## 2. Informatie

De regeling in § 3 UAV-GC 2005 omtrent verstrekking van en verantwoordelijkheid voor informatie door OG mag niet alleen worden gezien als één van de kernbepalingen in de UAV-GC 2005, maar blijktens het relatief grote aantal uitspraken daarover van de afgelopen jaren ook als misschien wel de grootste bron voor discussie. Ook het afgelopen jaar is de mate waarin informatie door OG dient te worden verschaft, en de verantwoordelijkheid voor de juistheid daarvan, voer voor discussie geweest. Dat heeft geleid tot vier uitspraken. Dit mede in relatie tot de risicoallocatie, waarschuwingsplicht ON en kostenvergoeding. Die relatie met kostenvergoeding wordt hierna afzonderlijk besproken onder “bijbetaling”.

In het vonnis van 18 oktober 2017<sup>26</sup> kwam een geschil aan de orde over het realiseren en vernieuwen van een sluis-complex, deels (voor wat betreft de sluis) daterend uit begin 1900 en (voor wat betreft de maalgang) deels 1965. Op basis van een Vraagspecificatie en beeldkwaliteitsplan moest ON een VO, DO en UO uitwerken. Na het sluiten van de Basis-overeenkomst kwam uit door ON verricht archiefonderzoek naar voren, dat niet de jongste constructie stabiliteit verschaftte aan de oudste constructie, waarvan arbiters vonden dat daar vanuit mocht worden gegaan, maar andersom.

Arbiters merken allereerst op dat dit nieuwe informatie was, die bij aanbesteding niet bekend was. Daaraan voegen arbiters toe, dat deze informatie ook niet bekend was bij OG, en dat OG daarom niet tekort is geschoten in haar verplichting om informatie ter beschikking te stellen. § 3 lid 1 UAV-GC 2005 verplicht OG immers slechts tot verstrekking van informatie waarover OG zelf beschikt. Arbiters volgen ON dan ook niet in haar stelling, dat OG te weinig informatie heeft verschaft. Bijzonder in deze casus is wel, dat de door ON bij archiefonderzoek opgediepte informatie uiteindelijk wel tot bijbetaling op grond van § 44 UAV-GC 2005 geleid (zie hierna onder “Bijbetaling”).

In het vonnis van 28 februari 2017<sup>27</sup> speelde door OG verschaftte informatie een centrale rol, maar leidde dat niet tot een debat over de boeg van § 3 lid 2 UAV-GC 2005. Aan de orde was een contract voor meerjarig groenonderhoud met een looptijd van 47 maanden. Bij de aanbestedingsdocumenten bevond zich een bijlage P met beeldkwaliteitsposten, waarin de totale hoeveelheid was vermeld. ON begreep bijlage P aldus, dat zij elk jaar één vierde daarvan uit moest voeren, mede omdat de Catalogus Beeldkwaliteit Buitenruimte B. 2014 van toepassing was verklaard. Die Catalogus gaat uit van toepasselijkheid van de RAW-systematiek, waarin de te verrichten werkzaamheden nauwkeurig zijn aangegeven. OG bedoelde met bijlage P daarentegen aan te geven, wat de totale bestaande hoeveelheid was die gedurende vier jaar door ON binnen de gestelde beeldkwaliteitskaders diende te worden onderhouden, waarbij het aan ON te bepalen was hoe zij binnen die kaders zou blijven.

Arbiters oordelen dat het in de kern gaat om een interpretatie van bijlage P.<sup>28</sup> Zij oordelen daarover dat de bewoordingen van bijlage P niet uitblinken in helderheid, dat voor zowel de interpretatie van OG als van ON iets te zeggen valt, en dat OG dit helderder en duidelijker had moeten bepalen, zeker omdat het een nieuwe methode van contracten betrof.<sup>29</sup> De primaire vordering van ON – dat de uitleg van ON de enige juiste is – wordt daarom afgewezen. Arbiters zijn echter wel van mening dat er sprake is van dwaling, waarbij de dwaling te wijten is aan gebrekkige inlichtingen van OG, zodat de overeenkomst vernietigbaar is.<sup>30</sup> De door ON sub-

24 Het hoger beroep in deze zaak loopt thans bij de RvA, onder zaaknr. 72.122.  
25 RvA nr. 35.732, r.o. 17.

26 RvA nr. 35.676, m.nt. G.L. Weerheim, hierna opgenomen onder BR 2018/22.  
27 RvA nr. 35.740.  
28 RvA nr. 35.740, r.o. 11.  
29 RvA nr. 35.740, r.o. 13.  
30 RvA nr. 35.740, r.o. 18.

sidiar gevorderde wijziging op basis van artikel 6:230 lid 2 BW wordt toegewezen, waarbij arbiters de aanneemsom verhogen met het verschil tot de opvolgend inschrijfter op de betreffende beeldkwaliteitsposten.<sup>31</sup>

Bij het hiervoor reeds genoemde vonnis van 6 februari 2017<sup>32</sup> werd geoordeeld over een aantal door ON ingediende VTW's die door OG werden betwist. Het betrof een UAV-GC 2005 contract met betrekking tot vernieuwing van spoorbovenbouw waarbij het "Gele Boekje"<sup>33</sup> van ProRail van toepassing was verklaard. Op een aantal onderdelen kwam daarbij de verantwoordelijkheid voor informatie, in het licht van § 3 lid 2 UAV-GC 2005 aan de orde. Met name de overweging die hierboven onder het kopje "Worden de principes van de UAV-GC nageleefd?" is geciteerd.

Hoe dan ook, aansluitend op hun hiervoor genoemde oordeel gaan arbiters als volgt verder:

"12. De wijze van opstellen van informatie door opdrachtgeefster is enerzijds gecompliceerd [...] en laat anderzijds zeer weinig ruimte voor eigen ontwerp van aanneemster, zodat veel informatie van opdrachtgeefster onder de reikwijdte van paragraaf 3 lid 2 UAV-GC valt. Het Gele Boekje brengt hierin geen verandering."

Daarmee rijst de vraag waarom arbiters spreken van "veel" informatie, in plaats van "alle", en de logische vervolgvraag van wat er dan niet onder valt. Doelen arbiters daarmee alleen op onjuiste informatie waarvoor ON behoorde te waarschuwen overeenkomstig § 4 lid 7 UAV-GC 2005, of wellicht op meer?

Bij de beoordeling van de VTW's komt de status van een door OG verschaft technisch rapport aan de orde, waarin was vermeld dat gemiddeld 48,33% van het bestaande ballastbed zou bestaan uit fracties groter dan 31,5 mm. In de praktijk bleek dat echter 79% te zijn, waardoor ON met extra kosten werd geconfronteerd, waarvan door middel van de VTW betaling werd gevorderd. Arbiters oordelen dat ON mocht vertrouwen op de juistheid van de door OG versochte informatie en dat OG de extra kosten dient te dragen. Dit, met dien verstande dat arbiters het juist achten dat ON daarbij een marge van 10% aanhoudt.<sup>34</sup> Het aanhouden van een dergelijke marge gebeurde in eerdere jurisprudentie wel, als informatie als indicatief werd verstrekt. Of dat ook ten aanzien van dit betreffende rapport gold, is niet met zekerheid uit het vonnis op te maken. In het kader van de beoordeling van een andere VTW oordelen arbiters elders in het vonnis dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds bindende documenten en anderzijds documenten ter informatie, hetgeen op zichzelf bij die eerdere jurisprudentie aan lijkt te sluiten.<sup>35</sup>

Qua verantwoordelijkheid voor informatie is het vonnis op nog twee andere punten interessant. Ten eerste was OG er van op de hoogte, dat de gemeente niet toe zou staan dat twee naast elkaar gelegen spoorwegovergangen tegelijkertijd zouden worden afgesloten. OG had deze informatie echter niet gedeeld met ON, omdat OG er van uit ging dat ON geen behoefte zou hebben aan gelijktijdige afsluiting. ON was daar in haar werkplan echter wel van uit gegaan. Arbiters oordelen dat OG deze informatie wel hadden moeten verschaffen, omdat die voor ON noodzakelijk was en aanneemer op basis daarvan een werkmethode kon kiezen.<sup>36</sup>

Enige vergelijking dringt zich op met een zaak van ongeveer vier jaar geleden, waarbij toen werd geoordeeld dat OG geen informatie hoefde te verschaffen over de niet beschikbaarheid van een baanvak.<sup>37</sup> Naast een aantal andere feiten lijkt daarbij in ieder geval een relevant verschil, dat het baanvak in die zaak een kleine 20 kilometer verderop was gesitueerd, terwijl de spoorwegovergangen in deze zaak in het werkterrein lijken te zijn gelegen. Het tweede punt betrof de aanwezigheid in het werk van een (oud) type stiftplaten met afwijkende maten. Van de aanwezigheid daarvan is geen informatie verschaft door OG. Ook waren deze platen niet zichtbaar tijdens een schouw. Arbiters oordelen dat deze platen voor ON niet waren te voorzien zodat OG de daardoor ontstane kosten dient te vergoeden.<sup>38</sup>

De omvang en de verantwoordelijkheid voor informatieverschaffing van OG kwam ook aan de orde in de zaak van 4 augustus 2017.<sup>39</sup> Het geschil ging over informatie over de bodemopbouw. Door OG was tijdens de aanbesteding bij de vierde nota relatief beperkte informatie verschaft, bestaande uit enige sonderingsgegevens. Daarbij deelde OG mee, dat het gegadigden was toegestaan om zelf aanvullend onderzoek uit te voeren, met als aandachtspunt dat waterafsluitende lagen niet geperforeerd mochten worden en dat er buiten de geplande ontgravingen moest worden geboord. Ook deelde OG mee dat zij nog niet alle gronden in eigendom had gekregen. ON schreef in zonder nader onderzoek uit te hebben gevoerd, maar gaf daarbij wel aan dit in de uitvoering te willen doen. Na gunning wijzigde ON haar aanbestedingsontwerp van een staalfundering naar een paalfundering. Nadat ON nader onderzoek had uitgevoerd, nadat OG alle gronden had verworven, keerde ON toch weer terug naar de door ON oorspronkelijk aangeboden staalfundering. ON vorderde de meerkosten vanwege deze wijziging.

Arbiters oordelen allereerst dat de door OG versochte informatie weliswaar beperkt was, maar correct.<sup>40</sup> Aansluitend oordelen arbiters dat inschrijvers op grond van de versochte informatie de sterk variabele bodemopbouw in het werkgebied kenden en daarmee bij inschrijving rekening konden

31 RvA nr. 35.740, r.o. 19.

32 RvA nr. 35.620, m.nt. M.R. Lim BR 2017/66.

33 Aanvullingen en/of wijzigingen op de UAV-GC 2005 van ProRail.

34 RvA nr. 35.620, r.o. 22.

35 RvA nr. 35.620, r.o. 41.

36 RvA nr. 35.620, r.o. 46.

37 RvA nr. 34.427, d.d. 29 april 2014.

38 RvA nr. 35.620, r.o. 52.

39 RvA nr. 35.630, m.nt. L.E.M. Haverkort in BR 2018/8.

40 RvA nr. 35.630, r.o. 23.

houden.<sup>41</sup> Arbiters wegen verder mee, dat ON zich tijdens de aanbestedingsprocedure niet heeft beklaagd over de naar de mening van ON te weinig beschikbare informatie.<sup>42</sup>

### 3. Wijzigingen

De UAV-GC 2005 kennen als uitgangspunt, dat OG na gunning terughoudend dient te zijn met het opdragen van Wijzigingen.<sup>43</sup> De gedachte daarbij is dat OG op voorhand zijn eisen op volkomen doordachte wijze door middel van de Basisovereenkomst vastlegt, waarna de rol van OG zich beperkt tot de (tevens in de Basisovereenkomst vastgelegde wijze) van toetsing en acceptatie en het nemen van beslissingen over door ON voorgestelde Wijzigingen.<sup>44</sup>

Een tweede belangrijk uitgangspunt (en groot verschil met de UAV-systematiek) is dat voor het opdragen van Wijzigingen door OG wilsovereenstemming over de gevolgen daarvan is vereist.<sup>45</sup> De UAV-GC 2005 maken dan ook een duidelijk onderscheid tussen enerzijds Wijzigingen OG (§ 14) en anderzijds Wijzigingen ON (§ 15).

Over een Wijziging op verzoek van ON, dus een verzoek in de zin van § 5 UAV-GC 2005, gaat de zaak van 24 januari 2017.<sup>46</sup> Aanbesteed werd een gebouw op basis van een UAV-GC 2005 contract, met daarbij gevoegd (als Annex 1 in de Vraagspecificatie) een VO+ met de mededeling dat dit VO+ als uitgangspunt mocht dienen voor nadere uitwerking door ON. Op het VO+ was onder meer een dak te zien met een opbouw voor de luchtbehandelingskast, het VO+ ging uit van een decentrale luchtbehandelingsinstallatie. ON heeft als alternatief daarvoor een centrale luchtbehandelingsinstallatie voorgesteld, welke gepaard ging met een extra installatiekast op het dak. Met dit alternatief wees ON af van de eisen uit de overeenkomst. OG heeft dat alternatief geweigerd. Overigens vermeldt het vonnis, dat OG herhaaldelijk aan ON om informatie heeft verzocht om de gelijkwaardigheid van het alternatief vast te kunnen stellen.

Kernvraag is, of OG terecht het alternatief heeft geweigerd. Arbiters zijn met OG eens, dat OG het (van de eisen afwijkende) alternatief terecht mocht weigeren gelet op paragraaf 15 lid 4 UAV-GC 2005. Daarin is bepaald, dat OG de ter Acceptatie voorgelegde Wijziging van een eis opgenomen in de Overeenkomst in beschouwing neemt, maar deze zonder opgave van redenen kan weigeren te Accepteren.<sup>47</sup> Arbiters voegen daaraan ten overvloede toe, dat OG heeft geweigerd met opgave van redenen, namelijk dat de gelijkwaardigheid

niet is aangetoond door ON. Gelet op de tekst van § 15 lid 4 UAV-GC 2005 had die opgave van redenen dus niet gehoeven.

### 4. Bijbetaling en termijnverlenging

De UAV-GC 2005 voorzien in twee paragrafen die een regeling kennen op grond waarvan ON een aanspraak op extra betaling en/of termijnverlenging kan maken. § 45 UAV-GC 2005 is daarbij voorbehouden voor de afwikkeling van de financiële en temporele gevolgen indien OG ingrijpt in de overeenkomst, door middel van een Wijziging als bedoeld in § 14 UAV-GC 2005. § 44 UAV-GC 2005 bevat de regeling voor eventuele overige aanspraken van ON, niet voortvloeiende uit een Wijziging als bedoeld in § 14 UAV-GC 2005.

Regelmatig verschijnt jurisprudentie waarin aan ON wel een geldvordering en/of termijnverlenging wordt toegewezen, zonder dat bijzonder duidelijk is welke grondslag arbiters daarvoor aanwezig achten. Op zich is dat ook niet onvoorstelbaar, omdat het onderscheid tussen § 44 en § 45 UAV-GC 2005 soms wat fluïde kan zijn en zich samenloop kan voordoen. Te denken is daarbij bijvoorbeeld aan de situatie dat door OG onjuiste informatie is verschaft. Daarvoor is OG krachtens § 3 lid 2 UAV-GC 2005 verantwoordelijk, wat leidt tot een recht op kostenvergoeding en/of termijnverlenging op grond van § 44 lid 1 sub b UAV-GC 2005, terwijl de betreffende onjuistheid tevens leidt tot aanpassing van – bijvoorbeeld – de Vraagspecificatie. Dat leidt tot een Wijziging als bedoeld in § 14 lid 1 sub a of b UAV-GC 2005 in combinatie met een recht op kostenvergoeding en/of termijnverlenging op grond van § 45 UAV-GC 2005, waarvoor tevens wilsovereenstemming tussen partijen is vereist.

In het hiervoor onder het kopje "Informatie" reeds genoemde vonnis van 18 oktober 2017,<sup>48</sup> aangaande het realiseren en vernieuwen van een sluiscomplex, kwam een dergelijke samenloop ook aan de orde. In deze zaak kwamen na het sluiten van de Basisovereenkomst bij door ON uitgevoerd archiefonderzoek constructieve gegevens aan het licht, die ON naar de oordeel van arbiters niet hoefde te verwachten.<sup>49</sup> Daarbij merkten arbiters op, mede met indachtig de feiten, dat beide partijen te goeder trouw zijn uitgegaan van een bepaalde situatie die later niet bleek te kloppen.

Arbiters oordelen dat dit een onvoorziene omstandigheid vormt als bedoeld in § 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005. Daarmee lijken arbiters een uitgangspunt van de UAV-GC 2005 te nuanceren, dat ON verantwoordelijk is voor het vergaren van informatie voor zover die niet op grond van § 3 lid 1 UAV-GC 2005 behoort te worden aangeleverd of anderszins ( § 3 lid 2 UAV-GC 2005) is aangeleverd. Dit in die zin, dat als uit latere informatie naar voren komt dat beide partijen te goeder trouw zijn uitgegaan van een bepaalde situatie die later niet bleek te kloppen, dat een onvoorziene omstandig-

41 RvA nr. 35.630, r.o. 24.

42 RvA nr. 35.630, r.o. 23.

43 Zie bijvoorbeeld de Toelichting bij de MBO en UAV-GC 2005, Ede: CROW 2005, p. 57.

44 Deze samenvatting van de principiële rol van OG bij een op de UAV-GC 2005 gebaseerd contract keert ook terug in jurisprudentie, zie laatstelijk nog RvA nr. 37.734 d.d. 11 januari 2018, r.o. 113.

45 Zie § 14 lid 16 alsook de (nog wat verder gaande) Toelichting op paragraaf 45 p. 101 eerste alinea onderaan.

46 RvA nr. 35.951.

47 RvA nr. 35.951, r.o. 9.

48 RvA nr. 35.676.

49 RvA nr. 35.676, r.o. 35.

heid vormt. Arbiters oordelen daarmee (impliciet) ook, dat dit risico niet in de overeenkomst c.q. de UAV-GC 2005 is verdisconteerd. Dat werpt de vraag op, waar de scheidslijn ligt tussen enerzijds de verantwoordelijkheid voor ON voor de inhoud en effecten van de door haar zelf verkregen of te verkrijgen informatie en anderzijds zodanige inhoud, dat die een onvoorziene omstandigheid oplevert.

Arbiters in deze zaak lijken daarbij een rol te laten spelen, dat uit de nadien door ON, pas na uitvoerig archiefonderzoek verkregen, informatie bleek, dat het vervaardigen van een ontwerp dat aan de Vraagspecificatie voldeed niet (goed) meer mogelijk was, waarna partijen gezamenlijk tot een ontwerp ("Portaalvariant") zijn gekomen, dat vervolgens door ON tot een DO is uitgewerkt. Dat het in deze zaak ging om informatie die pas na uitvoerig archiefonderzoek boven water kwam lijkt daarbij relevant, omdat arbiters mogelijk anders tot het oordeel hadden kunnen komen dat die informatie tot het normale, in de overeenkomst verdisconteerde, risico van ON zou behoren dat voortvloeit uit diens verplichting om zelf informatie te vergaren voor zover die niet door OG is of behoort te worden aangeleverd, al dan niet in combinatie met het leerstuk van de waarschuwingsplicht.

Dan de samenloop. ON had, teneinde de problemen op te lossen, samen met OG een ontwerp uitgewerkt dat de instemming had van OG, de "Portaalconstructie". ON stelde dat deze constructie een wijziging betreft van de eisen van het contract, zodat OG op grond van § 45 UAV-GC 2005 de gevolgen zou moeten dragen.<sup>50</sup> Op zichzelf zijn arbiters het met ON eens, dat deze portaalvariant niet volledig binnen de Vraagspecificatie valt.<sup>51</sup> Niettemin wijzen arbiters het beroep van ON op § 45 UAV-GC 2005 af. Als reden voeren arbiters daarvoor aan, dat het in dit geval een onvoorziene omstandigheid betreft waarvoor paragraaf 44 een eigen regeling kent. Daarom zou een beroep op paragraaf 45 UAV-GC 2005 volgens arbiters moeten falen.

Daarmee introduceren arbiters een rangorderegeling, waarvan allereerst de vraag kan worden gesteld waarop die is gebaseerd, nu de UAV-GC 2005 zelf geen duidelijke rangorderegeling kennen tussen § 44 en 45. Daarnaast kan het (onder meer) financieel verschil uitmaken of afgerekend kan worden onder toepassing van § 44 lid 1 sub c dan wel § 45 UAV-GC 2005. Dit nog afgezien van het feit dat ON onder toepassing van § 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005 tot uitvoering over moet gaan en daarvoor onder § 45 UAV-GC 2005 in beginsel eerst wilsovereenstemming is vereist. Qua vaststelling van de kosten en termijnverlenging overwegen arbiters dat die in uitgangspunt dienen te worden bepaald aan de hand van een vergelijking tussen enerzijds de situatie waarin partijen zouden hebben verkeerd indien de onvoorziene omstandig-

heid zich niet had voorgedaan met anderzijds de situatie waarin partijen feitelijk zijn komen te verkeren.<sup>52</sup>

In de hiervoor genoemde zaak van 4 augustus 2017,<sup>53</sup> omtrent informatie over de bodemopbouw beriep ON zich allereerst op paragraaf 44 lid 1 sub UAV-GC 2005, onvoorziene omstandigheden. Arbiters oordelen dat er geen sprake is van onvoorziene omstandigheden,<sup>54</sup> onder meer omdat ON niet tijdig bodemonderzoek heeft verricht en de betreffende risico's, als ter zake deskundige, geacht worden wetenschap te hebben gehad van de risico's en die in haar prijs had moeten verdisconteren.

## 5. Vergunningen

Artikel 6 MBO en § 9 en 10 UAV-GC 2005 bevatten een regeling over het verkrijgen van vergunningen,<sup>55</sup> dat uitgaat van een projectspecifieke aanpak: partijen verdelen wie welke vergunning aanvraagt. Aanbevolen wordt die verdeling gelijke tred te laten houden met de mate waarin een partij verantwoordelijkheid draagt voor het Ontwerp. Hoe meer de OG ontwerpt (PvE, VO, DO) hoe meer het in de rede ligt dat hij de daarbij behorende vergunningen verzorgt, zo is de gedachte. Omgekeerd geldt hetzelfde: hoe meer Ontwerpwerkzaamheden de ON verricht, hoe meer die verplichting naar hem verschuift.<sup>56</sup> Deze benadering noopt er dus toe dat van tevoren duidelijkheid bestaat over wie welke benodigde vergunning aanvraagt. Daartoe is de volgende opzet gekozen:

- De vergunningen die de OG verzorgt, staan limitatief in Annex I vergunningen, met daarbij vermeld de uiterste datum waarop de vergunning moet zijn verkregen.<sup>57</sup>
- Staat een vergunning niet in Annex I, dan dient de ON deze te verzorgen.<sup>58</sup>
- Wordt een vergunning niet op de uiterste datum verkregen, dan staan partijen verschillende (rechts)midde-len ter beschikking.<sup>59</sup>

Nu de praktijk. Ten eerste het vonnis van 24 januari 2017,<sup>60</sup> dat hiervoor al aan de orde is gekomen. Dit vonnis illustreert hoe § 3 en artikel 15 UAV-GC 2005 de werking van

52 RvA nr. 35.676, r.o. 51.

53 RvA nr. 35.630.

54 RvA nr. 35.630, r.o. 41.

55 Daarnaast zijn § 11 en 12 UAV-GC 2005 van belang. § 9-12 UAV-GC 2005 vormen samen Hoofdstuk V 'vergunningen, ontheffingen, beschikkingen en toestemmingen; wettelijke voorschriften'. In veel publiekrechtelijke regelgeving wordt gesproken van 'publiekrechtelijke toestemmingen', wat niet betekent dat deze begrippen synoniemen zijn, zie J.J. Karens & A.Z.R. Koning, *Publiekrechtelijke toestemmingen en de UAV-GC 2005. Een praktische toelichting*, Den Haag: IBR 2017, p. 4.

56 Toelichting bij de MBO en UAV-GC 2005, Ede: CROW 2005, p. 22; Karens en Koning, *Publiekrechtelijke toestemmingen*, p. 12.

57 Artikel 6 MBO en § 9 leden 1 en 2 UAV-GC 2005. Vgl. Toelichting bij de MBO en UAV-GC 2005, Ede: CROW 2005, p. 22 en 43.

58 Artikel 6 lid 3 MBO en § 10 leden 1-3 UAV-GC 2005.

59 § 9 leden 3-7 en 10 leden 4-8 UAV-GC 2005. Vgl. Bijlage I Toelichting bij de MBA en UAV-GC 2005, Ede: CROW 2005, waarin een matrix 'niet (tijdig) verkrijgen vergunningen in relatie tot schorsing, ontbinding en opzeggingen' staat opgenomen.

60 RvA nr. 35.951 d.d. 24 januari 2017 (m.nt. J.H. van Meerburg, *TBR* 2017/166).

50 RvA nr. 35.676, r.o. 25.

51 RvA nr. 35.676, r.o. 37.

§ 10 UAV-GC 2005 kunnen beïnvloeden. OG was verantwoordelijk voor het VO+. In Annex I stond de omgevingsvergunning niet genoemd. Wel had OG in Annex I aangegeven dat de welstandcommissie positief was over het VO+, en dat ON dit als uitgangspunt voor verdere uitwerking kon nemen.<sup>61</sup> In dat VO+ was een luchtbehandelingsinstallatie (LBI) voorzien met een substantiële opbouw op het dak. ON heeft op basis hiervan een alternatieve LBI uitgewerkt, met een nog substantiëlere opbouw, en heeft daarvoor een aanvraag voor een omgevingsvergunning ingediend. Deze wordt afgewezen, omdat voor welstand een substantiële opbouw (van meet af aan) niet aanvaardbaar was.<sup>62</sup>

De door de OG verstrekte informatie bleek dus onjuist. Het gegeven dat welstand (waarschijnlijk) niet akkoord zou gaan, was bij (de architect van) OG bekend, en arbiters oordelen dat OG dus ook verantwoordelijk is voor de gevolgen.<sup>63</sup> Toch blijven die gevolgen beperkt. De betrokken partijen hebben namelijk vervolgens overlegd. Dat resulteerde erin dat rond 15 april 2016 de contouren van een voor welstand acceptabel alternatief duidelijk waren. Op dat moment had ON (volgens arbiters) een aanvraag voor een vergunning kunnen doen. Dat doet zij niet. Tot 1 juni 2016 probeert zij tevergeefs haar eigen alternatief “door te drukken”. Pas daarna vraagt zij een aangepaste omgevingsvergunning aan, die op 22 juli 2016 wordt goedgekeurd.<sup>64</sup>

De vertraagde afgifte van de omgevingsvergunning komt volgens arbiters volledig voor rekening van ON. Die vertraging is immers niet zozeer ontstaan door de onjuiste informatie van de OG, maar door de houding van ON.<sup>65</sup> Zien wij het goed, dan houden arbiters met hun oordeel (en zo ja: terecht) het bepaalde in § 10 lid 4 onder a UAV-GC 2005 in het achterhoofd. Daarin is (samengevat) bepaald dat de ON tekortschiet in zijn verplichting tijdig de betreffende vergunning te verkrijgen, en deze vertraging wordt veroorzaakt doordat de Ontwerpwerkzaamheden op aan de ON toerekenbare wijze, niet voldoen aan de relevante bouwtechnische en milieutechnische overheidsvoorschriften.

Daarvan uitgaande, had dit voor ON potentieel een kostbare aangelegenheid kunnen worden, omdat een tekortschieten in de zin van § 10 lid 4 onder a UAV-GC 2005 OG (onder andere) de mogelijkheid tot ontbinding geeft, met mogelijk een schadevergoedingsverplichting voor ON (§ 10 lid 5 UAV-GC 2005). Voor Opdrachtnemers is het dus van groot belang om bij voorgestelde § 15 Wijzigingen ook rekening te blijven houden met het vergunningentraject.

Dan het vonnis van 18 oktober 2017.<sup>66</sup> In deze zaak was de afgifte van de omgevingsvergunning vertraagd. Partijen twisten over de vraag voor wiens verantwoordelijkheid

deze vertraging dient te komen. In dat verband speelt het begrip gefaseerde vergunning een belangrijke rol. Bij een (zuivere)<sup>67</sup> gefaseerde vergunning:

“[...] wordt de omgevingsvergunning in twee fasen verleend waarbij de vergunning wordt opgesplitst in twee afzonderlijke besluiten; de omgevingsvergunning eerste fase en de vergunning tweede fase. [...] Van één omgevingsvergunning is pas sprake als in beide fasen positief is beslist. De activiteiten kunnen ook dan pas worden uitgevoerd.”<sup>68</sup>

In dit geval was OG verantwoordelijk voor de aanvraag van de activiteit ‘afwijken’, terwijl ON verantwoordelijk was voor de aanvraag van de activiteit ‘bouwen’. De uiteindelijke afgifte van de omgevingsvergunning is ten minste vier maanden vertraagd.<sup>69</sup> ON wijt deze vertraging aan OG, omdat OG verlaat was in de aanvraag van haar deel. Arbiters gaan hier niet in mee.

Op basis van uitvoerige overwegingen concluderen arbiters dat ON voor deze vertraging verantwoordelijk is, omdat:

- ON in haar planning rekening heeft gehouden met een te korte doorlooptijd voor de vergunning tweede fase;<sup>70</sup>
- door voor rekening van ON komende omstandigheden de vergunningaanvraag pas op 3 december 2014 in behandeling kon worden genomen;<sup>71</sup>
- de omstandigheid dat OG verlaat was met haar aanvraag, geen vertraging op (het kritieke pad van) de planning heeft veroorzaakt.<sup>72</sup>

Hoewel arbiters de systematiek van § 9 en 10 UAV-GC 2005 niet (expliciet) toepassen, vormt dit vonnis wel een duidelijke illustratie hoezeer Opdrachtnemers bovenop het vergunningentraject moeten zitten, niet alleen in de gevallen waarin zij de volledige verantwoordelijkheid dragen voor de afgifte van de vergunning, maar ook in situaties waarin zij een gedeelde verantwoordelijkheid heeft.

## 6. Bodemaspecten

“De bodem waarop of waarin een werk gerealiseerd moet worden is een bron van onzekerheid.”<sup>73</sup>

Die onzekerheid heeft tot gevolg dat de bodem als één van de belangrijkste risicofactoren bij de realisatie van een werk moet worden beschouwd.<sup>74</sup> § 13 UAV-GC 2005 bevat daar-

61 RvA nr. 35.951, r.o. 5 onder b.

62 RvA nr. 35.951, r.o. 11 en 12.

63 RvA nr. 35.951, r.o. 11.

64 RvA nr. 35.951, r.o. 12-14.

65 RvA nr. 35.951, r.o. 13 en 14.

66 RvA nr. 35.676.

67 De gefaseerde vergunning vindt (in dit geval) zijn grondslag in artikel 2.5 Wabo. De publiekrechtelijke aspecten die hiermee samenhangen, vallen buiten het bestek van deze kroniek.

68 J.J. Karens & A.Z.R. Koning, *Publiekrechtelijke toestemmingen en de UAV-GC 2005. Een praktische toelichting*, Den Haag: IBR 2017, p. 160.

69 RvA nr. 35.676, r.o. 53-55.

70 RvA nr. 35.676, r.o. 75.

71 RvA nr. 35.676, r.o. 65, 67, 71, 74 en 75.

72 RvA nr. 35.676, r.o. 65, 66 en 75.

73 M.A.B. Chao-Duivis in: *Tekst & Commentaar Bouwrecht*, commentaar op § 13 UAV-GC 2005, aant. 1, actueel t/m 7 januari 2018.

74 Toelichting bij de MBO en UAV-GC 2005, Ede: CROW 2005, p. 53.

voor een regeling voor drie veel voorkomende gevallen waarin de bodem een rol speelt:

1. De geotechnische gesteldheid (leden 1-3);<sup>75</sup>
2. Bodemverontreiniging (leden 4-6);<sup>76</sup>
3. Gevonden voorwerpen (lid 7).<sup>77</sup>

§ 13 leden 1 en 2 UAV-GC 2005 komen in twee vonnissen zijdelings aan de orde. Lid 1 kiest tot uitgangspunt dat de ON verantwoordelijk is voor de afstemming van de Werkzaamheden op de bodemgesteldheid. Indien als gevolg van die afstemming schade, vertragingen of gebreken ontstaan, is ON daarvoor aansprakelijk. Dit lijdt uitzondering als ON ingevolge lid 2 aantoont dat hij ter voorkoming van die schade, vertragingen of gebreken alle voorzorgsmaatregelen heeft genomen die van een zorgvuldig ON verwacht mogen worden.

Beide vonnissen geven geen nieuwe inzichten in de uitleg en toepassing van § 13 UAV-GC 2005, en zijn met name relevant in het kader van § 3 en 44 UAV-GC 2005. Daarom wordt naar deze vonnissen op deze plaats slechts kort verwezen naar de betreffende uitspraken. Het eerste vonnis betreft het vonnis van 4 augustus 2017, waarin ON zich op § 13 lid 2 UAV-GC 2005 beriep.<sup>78</sup> Arbiters verwerpen dit beroep, mede omdat door het niet tijdig uitvoeren van geotechnisch bodemonderzoek ON met haar keuze voor het palenontwerp in januari 2012 een verkeerde inschatting heeft gemaakt voor de afstemming van haar ontwerp op de bodemgesteldheid.<sup>79</sup>

Ten tweede de uitspraak over het sluiscomplex.<sup>80</sup> ON stelde zich op het standpunt, dat (mede) omdat de bodemgesteldheid slechter bleek dan de geotechnische gegevens van OG toonden, haar ontwerp niet meer verantwoord was.<sup>81</sup> Volgens ON zouden de gevolgen van de onvoorziene informatie over de constructie van het sluiscomplex worden verergerd door het feit dat de zandlaag ter plaatse dieper lag dan bleek uit de informatie van ON. Verder dan dat gaat het echter niet. Arbiters zijn van mening dat dit punt onvoldoende zou zijn onderbouwd en wijzen het beroep op § 13 lid 2 UAV-GC 2005 af.

## 7. Varia

Tot slot nog twee meer op zichzelf staande uitspraken.

In de eerste plaats het vonnis van de RvA van 23 maart 2017.<sup>82</sup> Die zaak zag op een opdracht voor het ontwerpen

en uitvoeren van achterstallig variabel onderhoud aan sluisen (AVO Sluisen). De opdracht bestond uit 16 maatregelen en een optionele maatregel (Maatregel M08). De OG bericht ON tijdens de uitvoering dat Maatregel M08 uit de opdracht wordt gehaald. Daarnaast worden er vervangende werkzaamheden aan ON opgedragen in verband met de annulering van Maatregel M08.

ON dient vervolgens, overigens op verzoek van OG, twee afzonderlijke VTW's: Eén VTW met betrekking tot de kostenconsequenties vanwege de annulering van Maatregel M08 en één ter zake vervangende werkzaamheden die werden opgedragen. Het VTW met betrekking tot de kostenconsequenties vanwege het annuleren van Maatregel M08 is opgesteld overeenkomstig § 16 lid 10 UAV-GC 2005. Die bepaling komt in beeld bij een opzegging door de OG. ON maakt aanspraak op (a) kosten uitgevoerd werk; (b) een vergoeding van 5% over niet-uitgevoerd werk; en (c) vergoeding van kosten door annulering.

In rechte twisten partijen (nog) over de vraag of ON recht heeft op vergoeding van een percentage van 5% gederfde winst,<sup>83</sup> over het niet uitgevoerde deel van het resterende deel van de in de Basisovereenkomst neergelegde prijs (de vergoeding uit § 16 lid 10 sub b UAV-GC 2005). ON stelt dat sprake is van een opzegging in de zin van § 16 UAV-GC 2005, zodat op grond van § 16 lid 10 sub b UAV-GC 2005 ook de gederfde winst voor vergoeding in aanmerking komt. OG stelt zich op het standpunt dat dient te worden afgerekend overeenkomstig § 14 UAV-GC 2005 jo. § 45 UAV-GC 2005 (Wijziging OG). Volgens OG zijn er voor het geannuleerde werk andere werkzaamheden in de plaats gekomen, zodat het Werk niet is opgezegd maar gewijzigd.

Arbiters zijn het met ON eens dat sprake is van een opzegging in de zin van § 16 UAV-GC 2005. Arbiters volgen daarbij het standpunt van ON dat haar in één opdracht, twee Werken zijn opgedragen (enerzijds het Werk AVO Sluisen en anderzijds het Werk Maatregel M08). Arbiters overwegen daarbij dat zij de uitleg van ON een redelijke uitleg vinden gelet op de inhoud van de Basisovereenkomst en de opdrachtbrief, ondanks dat de definitie van het Werk niet geheel vast lijkt te liggen. Zo wordt in artikel 2 lid 1 van de Basisovereenkomst Maatregel M08 van het Werk uitgezonderd, terwijl het Werk in artikel 2 lid 6 van de Basisovereenkomst inclusief Maatregel M08 genoemd. Conform de *contra proferentem*-regel wordt deze ogenschijnlijke onduidelijkheid door arbiters in het nadeel van de opsteller (OG) uitgelegd.

Verder is van belang dat de (kosten vanwege de) annulering van Maatregel M08 en de aanvullende werkzaamheden op verzoek van OG in afzonderlijke VTW's zijn neergelegd. Arbiters zijn van oordeel dat een en ander niet anders kan worden uitgelegd dan dat de vervangende Werkzaamheden moesten worden beschouwd als een Wijziging ten opzichte

<sup>75</sup> In § 5 lid 2 UAV 2012 ligt deze verantwoordelijkheid ook bij ontwerper, zij het dat de ontwerper in dat geval de OG is en niet de ON. Vgl. M.A.B. Chao-Duivis in: *Tekst & Commentaar Bouwrecht*, commentaar op § 13 UAV-GC 2005, aant. 2, actueel t/m 7 januari 2018.

<sup>76</sup> Vgl. § 5 lid 8 UAV 2012.

<sup>77</sup> Vgl. § 32 UAV 2012, dat sterke gelijkenis vertoont.

<sup>78</sup> RvA nr. 35.630, m.nt. L.E.M. Haverkort (BR 2018/8).

<sup>79</sup> Vgl. de annotatie bij dit vonnis door L.E.M. Haverkort (BR 2018/8, alinea 10).

<sup>80</sup> RvA nr. 35.676.

<sup>81</sup> RvA nr. 35.676, r.o. 25.

<sup>82</sup> RvA 23 maart 2017, nr. 35.790.

<sup>83</sup> Zie de toelichting bij § 16 lid 10 sub UAV-GC 2005.



van het Werk AVO Sluizen (en dus niet een Wijziging ten opzichte van het Werk Maatregel M08). De annulering van het Werk Maatregel M08 wordt door arbiters voorts gezien als een opzegging in de zin van § 16 lid 8 UAV-GC 2005. Dit heeft tot gevolg dat er dient te worden afgerekend conform § 16 lid 10 UAV-GC 2005: ON heeft conform sub b recht heeft op vergoeding van een percentage van 5% gederfde winst over het niet uitgevoerde deel van het resterende deel van de in de Basisovereenkomst neergelegde prijs.

Arbiters merken daarbij nog op dat OG ook niet heeft geprotesteerd tegen de wijze waarop ON haar VTW had ingericht – namelijk conform § 16 lid 10 UAV-GC 2005 – met dien verstande dat OG niet heeft ingestemd met een vergoeding voor gederfde winst als bedoeld in § 16 lid 10 onder b UAV-GC 2005. Volgens arbiters heeft de houding van OG bij ON temeer het vertrouwen gewekt dat sprake was van een opzegging in de zin van § 16 UAV-GC 2005. De vorderingen van ON worden aldus – met uitzondering van de wettelijke handelsrente, omdat gederfde winst schadevergoeding betreft – toegewezen.

De laatste uitspraak in deze kroniek betreft het spoedgeschil van 7 september 2017.<sup>84</sup> Dat geschil zag (onder meer) op een vordering van OG op grond van § 4 lid 12 UAV-GC 2005 strekkende tot afgifte van garantieverklaringen van onderaannemers.<sup>85</sup> ON verweerde zich door te stellen dat zij niet beschikt over garantieverklaringen van onderaannemers. Arbiters veroordelen ON om de garantieverklaringen te verstrekken aan haar OG, *voor zover zij die heeft verkregen van haar onderaannemers*.<sup>86</sup> Aan de veroordeling wordt geen dwangsom verbonden, omdat niet vast is komen te staan dat ON daadwerkelijk beschikt over garantieverklaringen van haar onderaannemers.

Er speelden nog andere discussies tussen partijen, onder meer met betrekking tot (opleverings)gebreken. Zo voldeden de schoorsteenpijpen volgens OG niet aan een bepaalde norm (NPR 4500), waardoor een potentieel gezondheidsrisico zou ontstaan. ON gaf aan dat zij een voorstel had gedaan om de schoorstenen aan te passen, maar nog wachtte op goedkeuring van OG. Arbiters overwogen vervolgens dat het niet aan OG is om een herstelwijze al dan niet te accepteren,<sup>87</sup> maar dat ON onder de UAV-GC 2005 behoort aan te tonen dat de schoorstenen voldoen.<sup>88</sup>

Met dit vonnis zijn we ook aanbeland aan het einde van deze kroniek. Wij hopen volgend jaar een vergelijkbare kroniek te schrijven.

84 RvA 7 september 2017, nr. 36.103.

85 Ter zitting is een aantal vorderingen door de RvA niet geschikt geacht voor behandeling in een spoedgeschil.

86 RvA nr. 36.103, r.o. 12.

87 Deze overweging sluit ook aan bij de jurisprudentie van de RvA voor de Bouw inhoudende dat de methode van herstel in uitgangspunt ter keuze van de aannemer is (zie bijvoorbeeld: RvA 2 mei 2017, nr. 35.875).

88 RvA nr. 36.103, r.o. 26.