

Kroniek UAV-GC 2005 uitspraken 2018

BR 2019/18

Vorig jaar verscheen van onze hand de kroniek UAV-GC uitspraken 2017.² Wij signaleerden daarin dat in de arbitrale jurisprudentie uit 2017 enige onduidelijkheid heerste over de (juiste) uitleg en toepassing van de contractvorm UAV-GC. Ook lieten wij aan de hand van enkele uitspraken zien dat opdrachtgevers en opdrachtnemers zich in de praktijk nog vaak gedragen alsof ze uitvoering geven aan een klassiek UAV 2012 contract, terwijl een UAV-GC Overeenkomst was gesloten. De fundamenteel andere rol in UAV-GC contracten wordt in veel gevallen niet ingevuld en onderkend.

Inmiddels is weer een jaar verstreken. Een jaar waarin diverse voor de UAV-GC praktijk belangwekkende uitspraken zijn geweest. Wij bespreken in deze kroniek alle UAV-GC uitspraken die in 2018 zijn gepubliceerd. Dit betreffen 13 arbitrale vonnissen, 2 civiele vonnissen en 1 advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts. De uitspraken komen voorbij aan de hand van thema's. Een aantal uitspraken keert bij verschillende thema's terug.

De thema's zijn:

- I. Het systeem van de UAV-GC en verantwoordelijkheidsverdeling.
- II. Informatieperikelen en aanspraken ON.
- III. Souplesse bij het volgen van procedures, wijzigingen en kostenvergoeding, termijnverlenging.
- IV. Keuze voor de contractvorm UAV-GC en uitleg van het (aanbestede) contract.
- V. Ontbinding.
- VI. Varia.
- VII. Afsluitende opmerkingen.

Een belangrijke ontwikkeling die wij terugzien in de jurisprudentie uit 2018 is dat de Raad van Arbitrage voor de Bouw ten aanzien van de ontwerpverantwoordelijkheidsverdeling meer aansluiting zoekt bij de principes uit de UAV-GC. Ten opzichte van enkele uitspraken uit 2017 wordt daarover meer duidelijkheid geboden. Opvallend vinden wij daarbij dat arbiters meerdere uitspraken inleidt met overwegingen waarin de (kern)verplichting voor ON om het werk tijdig en deugdelijk te realiseren voorop wordt gezet.³ Vervolgens wordt bekeken of een situatie aan de orde is die krachtens wet, Overeenkomst of in het verkeer geldende opvattingen aan OG kan worden toegerekend (§ 4 lid 9 UAV-GC).

De tendens van het in de praktijk niet stringent volgen van de formele procedures in de UAV-GC zet daarnaast door.

Overigens wezen ook andere auteurs er al eerder op dat procedures uit enkele UAV-GC paragrafen vaak niet worden gevolgd, en riepen op enkele procedures (zoals die voor Wijzigingen) meer op de praktijk aan te passen.⁴ Op het moment van schrijven, zijn wij nog in afwachting van de concepten voor de herziene tekst van de UAV-GC. Wij zijn benieuwd of de herzieningscommissie erin is geslaagd de toekomstige inhoud van de UAV-GC beter aan te laten sluiten bij de praktijk.

I. **Systeem UAV-GC, Verantwoordelijkheidsverdeling**

§ I.1 *Systeem UAV-GC*

Uitgangspunt binnen de UAV-GC is dat OG het takenpakket van ON kiest. ON start zijn (Ontwerp)Werkzaamheden vanaf PvE, VO of DO op basis van de informatie en inspanningen van OG (art. 5 MBO). OG dient de in § 3 lid 1 UAV-GC genoemde informatie te verstrekken, en is verantwoordelijk voor de door hem ter beschikking gestelde informatie, Vraagspecificatie en door hem opgedragen Wijzigingen (§ 3 lid 2, 3 en 4 UAV-GC).

Op grond van § 4 lid 1 UAV-GC heeft ON de (kern)verplichting zijn Ontwerp- en Uitvoeringswerkzaamheden zodanig uit te voeren dat het werk op de datum van oplevering voldoet aan de uit de Overeenkomst voortvloeiende eisen. Voldoet het werk dan niet aan de eisen, dan is sprake van een gebrek. Ingevolge § 4 lid 9 UAV-GC is ON voor oplevering verantwoordelijk voor gebreken zoals bedoeld in § 4 lid 1 UAV-GC, tenzij hij kan aantonen dat sprake is van gebreken die krachtens de wet of de Overeenkomst aan OG kunnen worden toegerekend. In dat geval hoeft ON de verantwoordelijkheid voor een gebrek niet te dragen. De aansprakelijkheid na oplevering is geregeld in § 28 UAV-GC.

In de Toelichting UAV-GC is over de verbintenis uit § 4 lid 1 UAV-GC in lijn daarmee opgemerkt dat de verplichting van ON niet altijd absoluut is.⁵ De OG oefent immers invloed uit op het resultaat van ON door middel van – bijvoorbeeld – de Vraagspecificatie, het opdragen van Wijzigingen en door het ter beschikking stellen van informatie en goederen. Daarvoor is OG verantwoordelijk. De verantwoordelijkheid van OG voor – bijvoorbeeld – verschafte informatie of een § 14 lid 1 Wijziging is op haar beurt ook niet onbegrensd. Op ON rust immers zowel in de precontractuele fase (art. 7:754 BW) als in de contractuele fase (§ 4 lid 7 UAV-GC) een waarshuwingsplicht.

¹ De auteurs zijn werkzaam bij Infense advocaten te Deventer.

² A. ter Mors, S. Schouten & R. van Cooten, 'Kroniek UAV-GC 2005 uitspraken 2017', BR 2018/17.

³ § 4 lid 1 UAV-GC.

⁴ E. van Dam, I. de Groot & D.C. Orobio de Castro, 'De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten 2005, tijd voor een herziening?', TBR 2016/4.

⁵ N.N., *Toelichting bij MBO en UAV-GC 2005*, Ede: CROW 2005, p. 35.

Kortom: de verantwoordelijkheid- en risicoverdeling onder de UAV-GC lijkt op papier evenwichtig. Toch blijkt in de praktijk weerbarstig(er).⁶ De afgelopen periode zijn echter arbitrale uitspraken verschenen waarbij op een aantal belangrijke punten een vaste(re) lijn lijkt te ontwaren.⁷ Overigens lijkt de rechtspraak op enkele punten nog steeds niet volledig uitgekristalliseerd en staat deze soms haaks op eerdere rechtspraak. We lichten dit toe.

§ 1.2 *Verantwoordelijkheidsverdeling*

Een vraag die de afgelopen periode nadrukkelijk speelde, is of een ON de ontwerpverantwoordelijkheid van een OG overneemt indien ON op dat ontwerp voortborduurt, wat bij een UAV-GC contract per definitie aan de orde is. In de Kroniek 2017 vermeldden wij een tegenstrijdigheid in de uitspraken van de RvA, althans een in onze optiek onjuiste uitspraak van de RvA van 6 februari 2017.⁸ Ook in de literatuur is deze uitspraak kritisch ontvangen.⁹ Arbiters overwogen in dat vonnis:¹⁰

“Voor zover aannemer op basis van de ontwerpstukken van de Opdrachtgever eigen ontwerpactiviteiten moet ontplooiën, wordt de aannemer geacht het ontwerp van de Opdrachtgever te aanvaarden en kan geoordeeld worden dat de aannemer daarmee ook het risico voor het ontwerp van de ON overneemt.”

RvA 20 juli 2018, nr. 72.109 (“hoger beroep bovenbouwvernieuwing spoor”)

Bovenstaande onjuistheid is in hoger beroep rechtgezet.¹¹ Appellarbiters oordelen, onder verwijzing naar § 3 lid 2 UAV-GC, dat het uitgangspunt in de UAV-GC juist is, dat OG verantwoordelijk blijft voor de door hem opgestelde ontwerpstukken en gegevens. Appellarbiters voegen daaraan ten overvloede toe, dat ON niet het hele ontwerp en de aansprakelijkheid daarvoor overneemt, en dat fouten daarin in beginsel voor risico van OG blijven, behoudens indien ON zijn waarschuwingplicht schendt.¹²

RvA 16 februari 2018, nr. 35.734 (“Fort Vechten”)

Deze benadering is ook in lijn met het “Fort Vechten”-vonnis, waarin arbiters (ook na het vooropstellen van onder meer § 4 lid 1 UAV-GC) overwogen:¹³

“111. [...] Aanneemster moet volgens paragraaf 4 lid 1 de overeengekomen ontwerp- en uitvoeringswerkzaam-

heden zodanig verrichten dat het werk op de overeengekomen opleverdatum voldoet aan de uit de overeenkomst voortvloeiende eisen. Zij moet opdrachtgeefster volgens paragraaf 4 lid 7 schriftelijk waarschuwen als (...) klaarblijkelijk zodanige fouten bevatten of gebreken vertonen, dat zij in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou handelen als zij zonder waarschuwing bij het verrichten van werkzaamheden daarop zou voortbouwen.

112. [...] 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.”

De uitspraken van 16 februari 2018 en 20 juli 2018 zijn naar onze mening in lijn met de systematiek van de UAV-GC. ON neemt – in uitgangspunt – het risico voor het ontwerp niet over van OG als ON daarop voortborduurt.

RvA 17 mei 2018, nr. 71.990 (“Hoger beroep segmentenhefdeur”)

In de uitspraken van de RvA van de afgelopen periode lijkt de (kern)verplichting van ON om het Werk tijdig en deugdelijk te realiseren meer centraal te worden gesteld.¹⁴ Dat roept de vraag op hoe ver de (resultaats)verplichting van ON reikt. Moet hij ook onvolkomenheden in de informatie van OG oplossen? Dit is één van de vragen die aan de orde kwam in de zaak die ten grondslag ligt aan het eindvonnis van appellarbiters van 17 mei 2018.¹⁵

De onderliggende Overeenkomst heeft betrekking op ontwerp- en uitvoeringswerkzaamheden voor de realisatie van een bovenbouw op het bedrijfsgebouw van OG. Onderdeel van het werk is een hefdeur van ongeveer 50 meter breed en 53 meter hoog. OG verschaft een DO, dat ON uitwerkt tot een UO. Tijdens de uitvoering van het werk ontstaan problemen. Zo lopen de segmenten van de hefdeur bij het inhijzen daarvan vast in de geleidingen, wat tot vertraging leidt.¹⁶ De tussen partijen overeengekomen opleverdatum wordt niet gehaald en OG ontzegt ON – na voorafgaande ingebrekestelling – de toegang tot het werk. OG geeft daarbij aan het Werk af te zullen laten ronden voor rekening van ON.

In eerste aanleg oordelen arbiters – los van de systematiek van de UAV-GC en op basis van de specifieke omstandigheden in deze zaak¹⁷ – dat ON het risico voor fouten in het door OG aangeleverde DO had overgenomen.¹⁸ In het tussenvonnis in hoger beroep gaan appellarbiters daarentegen

6 Vgl. L.C. van den Berg, 'De positie van het ontwerp onder de UAV-GC 2005', *Vastgoedrecht* 2018-5.

7 Vgl. B.R. van Veen, 'Enkele overpeinzingen over de UAV-GC 2005', *TBR* 2019/4.

8 Kroniek UAV-GC uitspraken 2017, *BR* 2018/17 onder I.

9 RvA 6 februari 2017, nr. 35.620 (“bovenbouwvernieuwing spoor”), *BR* 2017/66, m.nt. M.R. Lim; W.J.M. Herber, 'Enkele misverstanden over de UAV-GC', *TBR* 2017/75, para. 2; A. van der Stoep, 'Ontwerpverantwoordelijkheid en de UAV-GC 2005', *Vastgoedrecht* 2017-5, p. 129.

10 RvA 6 februari 2017, nr. 35.620, alinea 11.

11 RvA 20 juli 2018, nr. 72.109.

12 *Idem*, alinea 75.

13 RvA 16 februari 2018, nr. 35.734, alinea 112, *BR* 2018/36, m.nt. L.E.M. Haverkort.

14 RvA 16 februari 2018, nr. 35.734, alinea 111, m.nt. L.E.M. Haverkort; RvA 10 juli 2018, nr. 35.706, alinea's 19 en 102.

15 RvA 17 mei 2018, nr. 71.990, *BR* 2018/83, m.nt. R. van Cooten.

16 Zie het tussenvonnis RvA 29 september 2016, nr. 71.990, alinea's 42-49.

17 ON had OG bericht dat “eventuele kosten die voortvloeien uit aanpassingen/oplossingen van onvolkomenheden worden o.b.v. een onderbouwde begroting verrekend” (RvA 22 oktober 2014, nr. 34.139, alinea 20).

18 *Idem*, alinea 20.

in meer algemene zin in op de verantwoordelijkheid van OG voor verschaft informatie in relatie tot de (precontractuele) waarschuwingsplicht van ON. Zij overwegen daarbij onder meer dat indien een ON na aanvaarding van zijn offerte door OG wordt geconfronteerd met onvolkomenheden in het ontwerp van OG, ON die onvolkomenheden zelf dient op te lossen “zonder daarbij het werk te wijzigen”.¹⁹

In de literatuur is deze overweging – naar onze mening terecht – kritisch ontvangen.²⁰ ON verzoekt arbiters om heroverweging van (onder meer) deze overweging. Appellarbiters zien in het eindvonnis hiervoor evenwel geen aanleiding. Evenmin gaan ze (meer) uitdrukkelijk in op hun oordeel in het tussenvonnis dat de ON bij onvolkomenheden in de informatie van de OG “die onvolkomenheden zelf [dient] op te lossen, zonder daarbij het werk te wijzigen.”

Het uiteindelijke oordeel dat ON aansprakelijk is, terwijl er een fout zat in de informatie van OG, kunnen we gezien de feitelijke omstandigheden in deze zaak volgen. Maar dat rechtvaardigt ons inziens niet de algemene conclusie dat op ON altijd de verplichting rust fouten in het ontwerp van OG zelf op te lossen zonder het werk te wijzigen.

Op grond van de Vraagspecificatie in de segmentenhefdeurzaak, diende ON als onderdeel van zijn engineeringsplicht constructieberekeningen te maken. Zou hij die berekeningen juist hebben uitgevoerd (en zo zijn opdracht goed hebben uitgevoerd), dan was gebleken dat in het ontwerp van OG een te lichte staalsoort was aangehouden, en zou het gebrek in de uitvoering niet zijn ontstaan.²¹ Dat scenario had voor ON volgens arbiters wel kunnen leiden tot “meer werk”, waarvoor ON “bijbetaling” had kunnen vragen, ware het niet dat de fout in de informatie van OG niet aan het licht kwam in de engineeringsfase en ON voortborduurde op die fout, met het gebrek en de schade tot gevolg. Omdat ON niet correct had voldaan aan zijn engineeringsplicht, en doorrekende op de fout van OG, kon hij aansprakelijk worden gehouden voor het gebrek ter zake de stalen dakconstructie. Die aansprakelijkheid wordt niet gebaseerd op de waarschuwingsplicht van ON, omdat hij in dit specifieke geval de fout had kunnen constateren als hij de vereiste berekeningen had uitgevoerd.²²

Duidelijk is dat appellarbiters in deze zaak van ON een actieve rol verwachten, waar het gaat om het oplossen van onvolkomenheden in het ontwerp van OG. Toch lijkt het erop dat het in de praktijk niet altijd mogelijk zal zijn als ON om daadwerkelijk die actieve rol aan te nemen, zeker niet als de onjuistheid in de informatie van OG niet kan worden

opgelost zonder wijziging. In dat verband is overigens in het “Fort Vechten”-vonnis een nuance te lezen.²³

“Onvolkomenheden in de informatie die leiden tot fouten in de aanbidding kunnen onder omstandigheden aanleiding geven tot bijbetaling op grond van het bepaalde in paragraaf 44 lid 1 aanhef en sub b UAV-GC (behoudens het bepaalde in paragraaf 45 UAV-GC inzake wijzigingen door de OG.)” [onderstreping Infense]

Die (onderstreepte) nuance ontbreekt in het eindvonnis van appellarbiters in de segmentenhefdeurzaak. Het lijkt ons juist om – in elk geval voor de situatie dat de fout in de informatie van OG tevens leidt tot de noodzaak van een wijziging – de procedure uit § 45 UAV-GC te doorlopen, waarbij ON overigens niet gehouden is de wijziging zonder (prijs) overeenstemming uit te voeren (§ 14 lid 16 UAV-GC).

RvA 10 juli 2018, nr. 35.706
 (“Vooroeververdediging”)

Een vierde uitspraak waarin arbiters de resultaatverplichting uit § 4 lid 1 UAV-GC voorop zetten is “vooroeververdediging”. Daarin overwegen arbiters:

“19. Arbiters stellen voorop, in lijn met de stellingen van partijen, dat op grond van de Basisovereenkomst en de UAV-GC 2005 aanneemster in beginsel verantwoordelijk is voor het ontwerp en de uitvoering van de vooroeververdedigingen op de locaties genoemd in de Basisovereenkomst. Uit Annex III van de Vraagspecificatie volgt dat aanneemster het ontwerp ter toetsing aan opdrachtgeefster diende voor te leggen. Het ontwerp maakte geen onderdeel uit van de Documenten die ter Acceptatie dienden te worden ingediend, zodat aanneemster – zoals opdrachtgeefster betoogt – in beginsel ook zonder Acceptatie had kunnen doorwerken aan het definitieve ontwerp.

[...]

102. Het risico ter zake van de levering van bestortingsmateriaal ligt in beginsel bij aanneemster, behoudens bijzondere omstandigheden (paragraaf 4 UAV-GC).”

Deze uitspraak behandelen wij hierna nog uitgebreider.

II. Informatieperikelen en aanspraken ON

In de UAV-GC en MBO staan grondslagen op basis waarvan een ON, OG verantwoordelijk kan houden voor fouten/ tegenstrijdigheden in door OG verstrekte informatie en ontbrekende informatie. Dit betreffen § 3 lid 1 (informatieplicht van OG), § 3 lid 2-4 (verantwoordelijkheid OG voor door OG verstrekte informatie) en art. 3 lid 4 MBO (verantwoordelijkheid OG voor onderlinge tegenstrijdigheden in Vraagspecificatie en door OG verstrekte informatie). De verantwoordelijkheid van OG wordt uiteraard begrensd door

19 RvA 29 september 2016, nr. 71.990, alinea's 21 en 33.

20 W.J.M. Herber, ‘Enkele misverstanden over de UAV-GC’, TBR 2017/75 onder 1; B.R. van Veen, ‘Waarschuwingsplicht opdrachtnemer voor fouten in verstrekte informatie en vraagspecificatie’, TBR 2017/85 vanaf 8.

21 RvA 17 mei 2018, nr. 71.990, alinea's 26 en 31.

22 Idem, alinea 31.

23 RvA 16 februari 2018, nr. 35.734, alinea 112, m.nt. L.E.M. Haverkort.

de waarschuwingsplicht van ON. In diverse uitspraken spelen deze grondslagen een rol.

§ II.1 **Informatieplicht OG (§ 3 lid 1)**

RvA 16 februari 2018, nr. 35.734 ("Fort Vechten")

Arbiters in "Fort Vechten" starten hun inleiding over UAV-GC principes met het noemen § 3 lid 1 UAV-GC. OG moet ervoor zorgen dat ON tijdig beschikt over alle informatie waarover OG beschikt, voor zover het ter beschikking stellen noodzakelijk is om ON in staat te stellen het Werk te realiseren. Ook de verantwoordelijkheden van OG uit leden 2, 3 en 4 worden opgesomd.²⁴ OG is dus ook verantwoordelijk voor schade die voortvloeit uit fouten in die informatie, tenzij die fouten zo klaarblijkelijk zijn dat ON in strijd met de redelijkheid en billijkheid handelt door OG niet te waarschuwen.²⁵ Onvolkomenheden die leiden tot fouten in de aanbieding kunnen aanleiding geven tot bijbetaling op grond van § 44 lid 1 aanhef en onder b UAV-GC, behoudens de gevallen waarin een § 45 (en 14) wijziging aan de orde is, aldus arbiters.²⁶

Arbiters passen deze principes vervolgens toe. ON maakt aanspraak op bijbetaling vanwege de door OG veel te laag opgegeven indicatieve hoeveelheid wapening. Springend punt is dat OG ten tijde van de aanbesteding wist dat zij ten onrechte geen rekening had gehouden met de wapening ten behoeve van detaillering en uitvoering, maar dit niet heeft meegedeeld. Dit had wel op zijn weg gelegen, en arbiters oordelen dat ON recht heeft op bijbetaling uit hoofde van § 3 lid 1 en 2 jo. 44 lid 1 aanhef en onder b UAV-GC. Arbiters zijn van oordeel dat ON niet in staat was de juistheid van de opgegeven hoeveelheid te controleren, onder meer bij gebreke van wel bij OG beschikbare gedetailleerde berekeningen. Een beroep op de waarschuwingsplicht wordt aldus niet toegewezen.²⁷ De eerste 10% overschrijding van de indicatieve hoeveelheid wordt overigens voor rekening en risico van ON gelaten.²⁸

RvA 10 juli 2018, nr. 35.706

("Vooroeververdediging")

Ook in "vooroeververdediging" beroept ON zich op § 3 lid 1 UAV-GC om aanspraak te maken op VTW 005. Deze ziet op meerkosten gemoed met de toepassing van duurder zeegrond. Het ontwerp van ON ging uit van staalslakken als stortmateriaal. Die bleken onvoldoende leverbaar, waardoor ON (duurder) zeegrond heeft toegepast.²⁹ ON noemt twee omstandigheden op grond waarvan hij meent dat het risico op levering van de staalslakken desalniettemin voor rekening van OG dient te komen.

Ten eerste stelt ON dat de staalslakken niet tijdig konden worden gereserveerd omdat ON een procedure bij de Raad

van State moest afwachten over de vraag of staalslakken mochten worden toegepast in het project. Hiervoor zou OG verantwoordelijk zijn op grond van § 10 lid 2 UAV-GC. Arbiters gaan hierin niet mee, omdat de procedure bij de Raad van State betrekking had op een (kleiner) deel van het project en overigens de bezwaren tegen toepassing van staalslakken niet werden gehonoreerd.³⁰

Ten tweede stelt ON dat OG niet alle noodzakelijke informatie zou hebben verstrekt (§ 3 lid 1 onder a jo. § 8 lid 1 UAV-GC).³¹ OG zou van de beperkte leveringscapaciteit hebben geweten, terwijl gelijktijdig aan het werk een ander groot project van OG speelde waar de staalslakkenlevering samenliep met de levering voor het werk. Arbiters volgen dit standpunt niet.³² Arbiters stellen voorop dat op grond van de kernverplichting van § 4 UAV-GC het risico voor de levering van bestortingsmateriaal bij ON rust, behoudens bijzondere omstandigheden.³³ Arbiters wijzen er op dat andere marktpartijen ook grote projecten hadden kunnen hebben met grote staalslak leveranties. Los van het feit dat ON zelf kennis had van dat andere project, komt daar volgens arbiters bij dat het gegeven dat OG deze wetenschap niet met ON had gedeeld (en overigens niet bereid was dat project later uit te voeren) nog niet meebrengt dat het risico van de staalslakkenleverantie bij OG is komen te liggen. De aanspraak op bijbetaling en termijnverlenging vanwege het toepassen van zeegrond wordt afgewezen.³⁴

RvA 20 juli 2018, nr. 72.109 ("Hoger beroep bovenbouwvernieuwing spoor")

Appelarbiters mochten zich in deze zaak buigen over een aanspraak op bijbetaling met een beroep op § 3 lid 1 UAV-GC. OG wist dat de gemeente eiste dat twee spoorwegovergangen niet tegelijk mochten worden afgesloten. Hierdoor kon ON de werkzaamheden niet in één weekend verrichten, maar moesten die over twee weekenden worden verspreid. OG had deze informatie niet verstrekt. Op grond van de aanbestedingsstukken was het ON bovendien niet toegestaan contact op te nemen met de gemeente. Gelet daarop stellen arbiters vast dat ON niet zelfstandig informatie in kon winnen bij de gemeente, en dat daarom sprake was van door OG ter beschikking te stellen noodzakelijke informatie. Appelarbiters oordelen dat de verplichting een overgang open te laten, in de contractuele relatie OG-ON heeft te gelden als extra eis, en wijzen de VTW (voor een lager bedrag dan in eerste aanleg) toe.³⁵ Hoewel arbiters dit niet expliciteren, lijken ze hier te oordelen dat sprake is van een § 14 lid 3 UAV-GC Wijziging.

Een min of meer vergelijkbare redenering lijken arbiters te volgen voor wat betreft de vervangingsplicht van stiftplaten. ON trof op een spoorbrug stiftplaten aan die afweken van

24 RvA 16 februari 2018, nr. 35.734, alinea 111, m.nt. L.E.M. Haverkort.

25 Idem, alinea 112.

26 Idem, alinea 112.

27 Idem, alinea's 118-120.

28 Idem, alinea 125.

29 RvA 10 juli 2018, nr. 35.706, alinea 101.

30 Idem, alinea 105.

31 Idem, alinea 106.

32 Idem, alinea 107.

33 Idem, alinea 102.

34 Idem, alinea 108.

35 RvA 20 juli 2018 nr. 72.109, alinea's 34-47.

het model dat regulier leverbaar en voorgeschreven was. Arbiters oordelen dat ON dit niet had kunnen constateren omdat hij tijdens de bezichtiging in de aanbestedingsfase geen toegang tot de brug had. ON hoefde er daarom geen rekening mee te houden dat ter plaatse oude stiftplaten waren toegepast die tot meerkosten zouden leiden.³⁶ Hoewel arbiters ook nu geen expliciete grondslag benoemen (bijvoorbeeld § 3 lid 1 jo. § 44 lid 1 onder b of c UAV-GC), lijken arbiters hier aan te sluiten bij (de ratio van) § 3 lid 1 UAV-GC: het betrof informatie die bij OG bekend was – of had kunnen zijn – en die ON niet zelf kon verkrijgen, zodat het ter beschikking stellen daarvan in dit geval noodzakelijk was voor ON.

Dezelfde redeneertrant lijken arbiters tot slot te volgen ter zake een buitendienststelling van delen van het spoor gelegen buiten het werkterrein, maar waarover wel ballastmateriaal werd aangevoerd. Deze buitendienststelling werd pas na aanbesteding bekend. ON moest daardoor ballastmateriaal via een omweg aanvoeren en maakte extra kosten. Arbiters verwerpen het beroep van OG op RvA 29 april 2014, nr. 34.427 waarin een enigszins vergelijkbare aanspraak van ON werd afgewezen. Arbiters oordelen dat in die andere zaak (anders dan in het onderhavige geval), de beperking in de aanvoertroute wél bij ON bekend was, althans had kunnen zijn.³⁷

§ II.2 **Onjuistheden in info OG/Vraagspecificatie (§ 3 lid 2-3)**
In "Fort Vechten"³⁸ komen aanspraken op de voet van § 3 lid 2 UAV-GC aan de orde. Deze hebben wij hiervoor al besproken, waardoor wij nu volstaan met deze enkele verwijzing.

RvA 10 juli 2018, nr. 35.706
("Vooroeververdediging")

Het geschil ziet op een Werk waarin ON onder water gelegen vooroevers moet stabiliseren. Deze vormen de basis voor de boven het water gelegen dijken. Door bescherming van de vooroevers tegen erosie door stroming en golven wordt de primaire waterkering gewaarborgd. De vooroevers worden versterkt door het storten van breuksteen in de golfzone en staalslakken en/of zeegrind in de dieper gelegen stroomzone. Het stortvak van de golfzone sluit aan op de bovenzijde van de kreukelberm.³⁹ OG heeft bijna € 5 mio onbetaald gelaten, zo lijkt het voor wat betreft het reguliere werk. Daarnaast heeft ON 17 VTW's ingediend, die OG grotendeels niet heeft goedgekeurd en onbetaald heeft gelaten. OG heeft de Overeenkomst buitengerechtelijk ontbonden.

Een groot thema is een ontwerpdiscussie gepaard gaande met aanspraken van ON op de voet van § 14-45 UAV-GC. Die discussie bespreken we hierna in § III.2.

We staan nu eerst stil bij de kostenaanspraken vanwege onjuistheden in de door OG verstrekte informatie. ON maakt

aanspraak op betaling van drie VTW's. Door foutieve informatie over de aanwezige hoeveelheden slib, diende ON meer bestortingsmateriaal toe te passen dan waarop hij gerekend had. VTW 015 en 020 zagen op het aanbrengen van extra bestortingsmateriaal.⁴⁰ De op de bodem van het stortvak aangetroffen hoeveelheid slib week substantieel af van de informatie van OG, waardoor in de optiek van ON sprake was van verdringing van slib, indringing van de bestorting in de sliblaag en meer materiaal moest worden aangebracht. Daarbij kwam dat als gevolg van het instabiele pakket afglijdingen/afschuivingen plaatsvonden, waardoor meer materiaal moest worden aangebracht. Zonder extra bestorting zou sprake zijn van te lage uitpeilingen.⁴¹

Arbiters stellen vast dat ON voldoende heeft onderbouwd dat substantieel meer slib is aangetroffen dan vermeld in de door OG ter beschikking gestelde gegevens.⁴² Arbiters wijzen de aanspraken vervolgens toe met verwijzing naar § 14 lid 1 en 3 UAV-GC. Zij verwijzen als grondslag voor toewijzing niet naar § 44 lid 1 onder b UAV-GC. Kennelijk menen arbiters dat een Wijziging aan de orde is.⁴³

Dan VTW003 inzake het extra bestortingsmateriaal.⁴⁴ De door OG verstrekte stortvakcoördinaten bleken onjuist, waardoor deze niet aansloten op de kreukelberm en ON extra materiaal heeft moeten aanbrengen. Arbiters overwegen dat OG verantwoordelijk is voor de juistheid van door hem verstrekte informatie. Elke aanpassing van een document door OG wordt geacht een door OG opgedragen wijziging te zijn (§ 14 lid 3 UAV-GC). Het valt ons op dat arbiters ook hier nadrukkelijk de koppeling leggen met de Wijzigingsparagraaf. Het lijkt erop dat ON de foutieve informatie van OG in zijn documenten heeft verwerkt en dit nadien heeft moeten aanpassen, wat arbiters voldoende achten om de aanspraak als § 14 lid 3 Wijziging te beschouwen.

Een andere VTW (overigens zonder kostenconsequenties) betreft VTW 011 waarin ON een Wijziging aan de orde stelde ter zake de verificatiemethode betreffende de gerealiseerde laagdiktes. De contractueel overeengekomen verificatiemethode bleek niet toepasbaar vanwege een andere situatie dan die uit de informatie van OG naar voren kwam. Tijdens de uitvoering had OG (aanvankelijk) de problematiek erkend, en ermee ingestemd dat ON de gerealiseerde laagdiktes op alternatieve wijze mocht aantonen. Vanwege de onjuiste slibgegevens, kon OG ON in redelijkheid niet meer houden aan de contractuele verificatiemethode, in welk kader ON VTW 011 had ingediend. OG had volgens arbiters met ON op zoek moeten gaan naar een andere verificatiemethode.⁴⁵

36 Idem, alinea's 48-57.

37 Idem, alinea's 93-104. Vgl. RvA 29 april 2014, nr. 34.427, alinea 28.

38 RvA 16 februari 2018, nr. 35.734, m.nt. L.E.M. Haverkort.

39 RvA 10 juli 2018, nr. 35.706, alinea 8.

40 Idem, alinea 67.

41 Idem, alinea 66.

42 Idem, alinea 70.

43 Idem, alinea 88.

44 Idem, alinea's 90-100.

45 Idem, alinea's 69-83.

RvA 20 juli 2018, nr. 72.109 (“Hoger beroep bovenbouwvernieuwing spoor”)

In deze context is ook een element uit “hoger beroep bovenbouwvernieuwing spoor” relevant. Onderwerp van discussie was de afwijking van het door OG verschaft ballastrapport. In de praktijk bleek dat een groter percentage ballast geschikt was voor hergebruik dan op grond van dat rapport mocht worden verwacht.⁴⁶ Daardoor waren extra handelingen en maatregelen nodig. Klaarblijkelijk was het door OG verschaft ballastrapport als “*indicatief*” gekwalificeerd. Wel wordt – conform bestendige jurisprudentie – uitgegaan van een risicomarge van 10% voor ON, zij het dat appelarbiters die marge anders toepassen dan arbiters in eerste aanleg.⁴⁷

RvA 30 oktober 2018, nr. 35.959 (“Aan- en afvoer ballast”)

Dit vonnis ziet eveneens op een bovenbouwvernieuwingproject. Om verwarring te voorkomen, duiden wij deze zaak aan als “*Aan- en afvoer ballast*”. Ook hier meende ON dat het ballastrapport onjuist was, omdat veel meer ballast en zandfractie vrij zou zijn gekomen dan verwacht had mogen worden. OG betwist die onjuistheid. Arbiters doen inhoudelijk onderzoek. Zij bezoeken de toegepaste werktrein, en voeren berekeningen uit. Zij oordelen dat ON mogelijk met onjuiste uitgangspunten heeft gecalculleerd, maar ook dat niet kan worden geconcludeerd dat het ballastrapport ondeugdelijk is. De geconstateerde onjuistheden in het ballastrapport kunnen de grote verschillen niet verklaren. Arbiters komen tot de slotsom dat zij niet kunnen vaststellen dat, en voor welk deel, het gestelde “*meerwerk*” het gevolg is van aan OG toerekenbare omstandigheden. De vordering wordt afgewezen.⁴⁸

III. **Souplesse bij niet volgen procedures, wijzigingen, kostenvergoeding en termijnverlenging**

§ III.1 *Souplesse niet volgen procedures*

De procedures uit de UAV-GC worden tijdens de uitvoering nog weleens niet juist gevolgd, of zelfs volledig losgelaten. Dit is een trend die wij ook vorig jaar signaleerden.⁴⁹ De arbitrale rechtspraak uit 2018 lijkt op dit punt maatwerk te bieden, in die zin dat vaak wordt aangesloten bij het gedrag van partijen tijdens de uitvoering. Het enkele feit dat procedures niet (juist) zijn doorlopen, staat doorgaans niet in de weg aan een inhoudelijke beoordeling van bijvoorbeeld Wijzigingen.

RvA 16 februari 2018, nr. 35.734 (“Fort Vechten”)

Ten eerste “Fort Vechten”, waarin vorderingen tot bijbetaling worden toegewezen, terwijl ON geen Wijzigingsprocedure had doorlopen. Arbiters oordelen dat OG en ON zich niet altijd gedroegen naar de uitgangspunten uit de UAV-GC.

Arbiters doelen daarmee in ieder geval op het uitgangspunt dat voor de OG in beginsel geen andere rol is weggelegd tijdens de uitvoering van het Werk dan de in de Overeenkomst vastgelegde toetsing- en acceptatiewerkzaamheden en beslissingen nemen over de door ON voorgestelde wijzigingen in het werk. In dit geval was het echter zo dat “*de architect en/of directie*” zich regelmatig bemoeide met de uitvoering en daarbij feitelijk Wijzigingen doorvoerde.⁵⁰

Dit uitte zich bijvoorbeeld in het niet accepteren van een stortnaad (en daarmee feitelijk vergen dat stekkenbakken zouden worden toegepast), terwijl de stortnaad een aanvaardbare uitvoeringswijze was. De gevolgen van die onterechte afwijzing door de architect, moeten volgens arbiters voor rekening van OG komen. Arbiters overwegen daarbij dat ON de kosten weliswaar relatief laat kenbaar heeft gemaakt, maar dat hij in redelijkheid recht heeft op bijbetaling als gevolg van de door de architect opgedragen wijziging omdat voldoende aannemelijk was dat de kosten onvermijdelijk waren en OG de noodzaak van één en ander uit zichzelf had kunnen begrijpen.⁵¹ Arbiters overwegen ook nog:

“115. Voorts geldt dat sprake is van een ontwerp dat bijzonder is en tegelijkertijd complex en risicovol van aard. Het onderhavige ontwerp betreft immers het koppelen van een historisch gebouw (robuust met waterbouwkundig karakter) en een nieuw gebouw, subtiel ingepast in de omgeving maar niet gebruikelijk vorm gegeven met sprekende golvende/gebogen glas- en betonelementen en dan nog deels boven en deels onder de grond. Beide partijen zijn zich van de complexiteit en de risico's van het ontwerp bewust geweest. Arbiters zijn van oordeel dat dit aspect, bezien in samenhang met de hiervoor in alinea 114 overwogen regelmatige bemoeienis namens opdrachtgeefster bij de uitvoering, aanleiding geeft tot het oordeel dat een (eventuele) te late mededeling als bedoeld in paragraaf 44 lid 2 UAV-GC of waarschuwing als bedoeld in paragraaf 4 lid 7 UAV-GC niet zonder meer kan meebrengen dat kosten als gevolg van onvolkomenheden in het DO ten laste dienen te komen van aanneemster. Dit op grond van de aard van de overeenkomst, het systeem van de UAV-GC en de eisen van redelijkheid en billijkheid.”

Arbiters verwijzen vervolgens naar zowel § 44 als § 45 UAV-GC, maar laten de precieze grondslag voor toewijzing in het midden.⁵² Ook bij een gewijzigde stortvolgorde worden de aanspraken toegewezen. OG had een stortvolgorde voorgeschreven die zou leiden tot instabiliteit van de wanden. ON was genoodzaakt hiervan af te wijken met meerkosten tot gevolg. Arbiters overwegen dat ON aanspraak heeft op bijbetaling “*als gevolg van de door de architect opgedragen wijziging, omdat voldoende aannemelijk is geworden dat de*

⁴⁶ RvA 20 juli 2018, nr. 72.109, alinea's 19-33.

⁴⁷ Idem, alinea 21.

⁴⁸ RvA 30 oktober 2018, nr. 35.959, alinea's 38-45.

⁴⁹ Kroniek UAV-GC uitspraken 2017, BR 2018/17 onder I.

⁵⁰ RvA 16 februari 2018, nr. 35.734, alinea's 113-114, m.nt. L.E.M. Haverkort.

⁵¹ Idem, alinea 133.

⁵² Idem, alinea 116.

extra kosten onvermijdelijk waren en dat OG de gevolgen van die wijziging zelf had kunnen of moeten begrijpen”.⁵³

RvA 21 februari 2018, nr. 36.103 (“Onderaannemer E&W”)

Deze ‘souplesse’ blijkt ook uit de zaak tussen een onderaannemer (OA) en zijn hoofdaannemer (HA).⁵⁴ OA stelt dat tijdens de engineering gebleken was dat de luchtbehandelingskast (‘LBK’) niet paste in de technische ruimte die daarvoor in het VO+ was bedacht. Partijen besluiten tot verplaatsing, waarna OA dit in het UO heeft verwerkt, kennelijk zonder § 14 en § 45 toe te passen. HA stelt dat die procedures niet zijn doorlopen en betwist dat de technische ruimte te klein was. De verplaatsing zou OA alleen maar beter zijn uitgekomen. Arbiters overwegen dat OA geen ‘programma-wijziging’ had ingediend. Wel had de OA in een e-mail de nadelen opgesomd van de oorspronkelijke locatie. Die nadelen zijn zo groot dat verplaatsing in de rede lag. HA had de bouwkundige werkzaamheden voor zijn rekening genomen en had ook de meerkosten van OA moeten doorleggen naar zijn OG.⁵⁵ Ondanks het niet doorlopen van de procedures komt deze OA bijbetaling toe.

RvA 7 augustus 2018, nr. 36.039 (“Reconstructie wegdek”)

Dit werk zag op de volledige reconstructie van één kilometer wegdek inclusief het aanbrengen van nieuwe riolering, watersysteem en groenvoorzieningen. Tijdens de uitvoering heeft ON vijftig VTW’s ingediend, waarvan een deel is voldaan. ON maakt nog aanspraak op betaling van twintig VTW’s, die niet vooraf zijn goedgekeurd en waarbij in de meeste gevallen niet vooraf gewezen is op de financiële consequenties. In de praktijk waren (eerdere) VTW’s door partijen uitgevoerd zonder dat daarover vooraf overeenstemming was bereikt. Arbiters overwegen dan ook:⁵⁶

“Arbiters stellen voorop dat in beginsel een VTW pas betaalbaar is als er een akkoord over is, zoals ook volgt uit de UAV-GC 2005. In afwijking daarvan kan het zijn dat sprake is van een bestendig gedrag tussen partijen om het werk ter zake van VTW’s uit te voeren zonder voorafgaande overeenstemming over het financiële aspect ervan. Partijen stemmen er dan mee in om later overeenstemming over het financiële aspect te bereiken.”

§ III.2 Wijzigingen OG en kostenvergoeding, termijnverlenging (§ 14-45 en 44)

Hiervoor is al een aantal geschillen de revue gepasseerd waarin feitelijk een aanspraak op bijbetaling vanwege wijzigingen speelde. Zie “Vooroververdediging” in § II.2 en “Fort Vechten”, “Onderaannemer E&W” en “Reconstructie

wegdek” in § III.1. Op deze plaats bespreken we uitspraken waarin ‘Wijzigingsaanspraken’ aan de orde kwamen die niet al in een ander kader zijn besproken.

RvA 20 juni 2018, nr. 35.676 (“Renovatie sluis”)

Het tussenvonnis van 18 oktober 2017 over de Wilhelminasluis (“Renovatie sluis”) bespreken wij vorig jaar.⁵⁷ Daarin werd aangenomen dat de situatie ter zake de constructieve samenhang/stabilisatie van het sluiscomplex als onvoorziene omstandigheid ex § 44 lid 1 onder c UAV-GC moest worden aangemerkt. OG heeft arbiters verzocht hierop terug te komen. Uit een nieuw rapport zou blijken dat de functie van de kolkwand in de bestaande en toekomstige situatie zeer beperkt was en dat de maalgang (-wand) stabiel zou zijn. Het zou volgens OG zeer onwaarschijnlijk zijn dat de maalgang aan de kolkwand hangt.⁵⁸

Arbiters blijven evenwel bij hun oordeel en volgen het nieuwe rapport niet.⁵⁹ ON maakt aanspraak op bijbetaling vanwege het moeten toepassen van de ‘portaaloplossing’. Arbiters gaan niet mee in het verweer van OG dat ON niet zou hebben aangetoond dat de portaaloplossing noodzakelijk het gevolg is van de onvoorziene omstandigheid. Partijen hebben ontwerpoverleg rondes gevoerd waarbij de portaalvariant en de kistdamvariant als overgebleven oplossingen waren benoemd. OG verwierp de kistdamoplossing, stemde in met technische uitwerking en wist dat daar additionele kosten aan waren verbonden. Het gaat volgens arbiters niet aan om meer dan twee jaar daarna deze keuze alsnog ter discussie te stellen.⁶⁰

Voor de omvang van de kostenvergoeding en termijnverlenging oordelen arbiters dat het vergelijk moet worden getrokken met de situatie waarin partijen zouden hebben verkeerd als de onvoorziene omstandigheid zich niet had voorgedaan. Arbiters gaan per vertraging en planningswijziging na of deze het rechtstreekse gevolg zijn van de onvoorziene omstandigheid.⁶¹ Overwogen wordt nog dat de UAV-GC op dit punt geen nadere handreikingen bieden, waardoor arbiters zoveel mogelijk aansluiting zoeken bij § 47 UAV 2012 (kostenverhogende omstandigheden). ON dient de bespaarde kosten te verrekenen. Arbiters bespreken bijvoorbeeld de kosten die zijn bespaard door sloopwerk dat niet uitgevoerd hoefde te worden, die in redelijkheid worden begroot op € 600.000.⁶²

RvA 10 juli 2018, nr. 35.706 (“Vooroververdediging”)

ON maakt aanspraak op bijbetaling vanwege vermeende wijzigingen inzake een ‘ontwerpdiscussie’. Arbiters vatten die discussie als volgt samen:

53 Idem, alinea 134.

54 RvA nr. 36.103. Dit betreft een uitspraak in een reguliere bodemprocedure nadat arbiters in de eerder aangehangig gemaakte spoedbodemprocedure een aantal vorderingen van OA hadden doorverwezen. Zie voor die laatste: RvA 7 september 2017, nr. 36.103 ook behandeld in de Kroniek UAV-GC 2017.

55 RvA 21 februari 2018, nr. 36.103 alinea’s 11-13.

56 Idem, alinea 14.

57 Kroniek UAV-GC uitspraken 2017, BR 2018/17, onder II en IV.

58 RvA 20 juni 2018, nr. 35.676, alinea 19.

59 Idem, alinea’s 18 en 19.

60 Idem, alinea’s 21 en 22.

61 Idem, alinea’s 24-27, zie bijvoorbeeld ook alinea 34.

62 Idem, alinea 80.

“15. De ontwerpdiscussie gaat – in de kern genomen – om de vraag of het oorspronkelijke ontwerp van aanneemster voor een enkellaagsfilter voldeed aan de Vraagspecificatie. Indien die vraag bevestigend moet worden beantwoord, dan heeft aanneemster op grond van § 45 van de UAV-GC in beginsel recht op kostenvergoeding en termijnsverlenging (VTW's 004, 006 en 007).”

Als grondslag voor VTW's 004, 006 en 007 wordt verwezen naar § 45 UAV-GC. ON had ingeschreven met een filterontwerp op basis van een enkellaags filter. OG uit bezwaren, waarna ON een dubbellaags filter aanbrengt. ON maakt aanspraak op bijbetaling, stellende dat zijn ontwerp voldeed aan de eisen. Arbiters benoemen dat ON in beginsel recht heeft op kostenvergoeding en termijnverlenging ex § 45 UAV-GC als het oorspronkelijke ontwerp aan de Vraagspecificatie voldeed.⁶³ Arbiters concluderen dat dit niet het geval is, en dat OG terecht geen Wijziging heeft opgedragen.⁶⁴ Een samenhangende aanspraak op termijnverlenging van 83 dagen wordt afgewezen.⁶⁵ Dat geldt ook voor de gewijzigde ontwerpkosten voor zover die verband houden met de 'ontwerpdiscussie' (VTW 007).⁶⁶

Relevant lijkt ons nog de overweging inzake de verhouding tussen algemene en specifieke eisen:

“30. Arbiters overwegen, en daarin volgen zij opdrachtgeefster, dat ongeacht de extra, specifieke, voorwaarden/restricties uit de nota van inlichtingen, de algemene eisen blijven gelden. De ontwerpverantwoordelijkheid is bij aanneemster blijven liggen. Deze is niet bij opdrachtgeefster komen te liggen op grond van de nota van inlichtingen met daarin nadere informatie, specificaties en eisen van opdrachtgeefster ter zake van het enkellaags filter. In het kader van een UAV-GC overeenkomst hoeft een opdrachtgeefster algemene (genormeerde) eisen niet specifiek te melden om toepasselijk te zijn. Deze kunnen door aanneemster worden afgeleid uit het normale gebruik van het Werk, een vooroververdediging. En als een opdrachtgeefster specifieke eisen wel duidt, in het kader van een door de aanneemster gevraagde nadere duiding, dan zijn de algemene eisen daarmee nog niet vervallen.”

Algemene (genormeerde) eisen die voortvloeien uit een normaal gebruik van het Werk, hoeven niet specifiek vermeld te worden in de contractstukken om van toepassing te zijn. Dit strookt met de toelichting bij § 4 lid 3:

“De normale gebruikseisen kunnen hetzij expliciet in de Overeenkomst zijn opgenomen hetzij impliciet daaruit worden afgeleid.”⁶⁷

63 RvA 10 juli 2018, nr. 35.706, alinea 15.

64 Idem, alinea's 31-35.

65 Idem, alinea's 47-54.

66 Idem, alinea 65.

67 Toelichting bij MBO en UAV-GC, p. 34.

Arbiters kennen een ander deel van VTW 007 wel toe. ON meent dat OG verantwoordelijk is voor een vertraging van vier maanden die is ontstaan doordat OG een ander element in het ontwerp van ON gedurende enige tijd ter discussie stelde (tot een Wijziging kwam het niet). ON en OG hadden een verschil van inzicht over de impact van de reductie van de golfbelasting op de dijk, als gevolg van de aanwezigheid van een kreukelberm.⁶⁸ Arbiters achten het aannemelijk dat ON zijn ontwerp voldoende heeft onderbouwd. OG is verantwoordelijk voor de vertraging van vier maanden die door de discussie is ontstaan.⁶⁹ Het deel van VTW007 dat hiermee samenhangt, achten arbiters toewijsbaar.⁷⁰ Die toewijzing lijkt plaats te vinden op de voet van § 45 UAV-GC.⁷¹ Overigens lijkt het dat deze aanspraak evengoed (of misschien wel beter) gestoeld had kunnen worden op § 44 lid 1 onder b. Uit het vonnis blijkt ons niet duidelijk waarom toewijzing op de voet van § 45 UAV-GC plaatsvindt.

Verder maakt ON (tevergeefs) aanspraak op kostenvergoeding vanwege een vertraagde start (VTW006). ON betoogt dat het materieel (waaronder een binnenvaartschip) klaar lag, maar dat OG de publiekscommunicatie niet gereed had, terwijl OG daarvoor ex § 44 lid 1 onder b UAV-GC verantwoordelijk was.⁷² Arbiters oordelen dat ON is gaan schuiven met de startdata vanwege de ontwerpdiscussie en een issue rondom staalslakkenleveranties, die beide voor zijn rekening en risico komen.⁷³

IV. Keuze contractvorm UAV-GC en uitleg

§ IV.1 Keuze UAV-GC

CvAE 28 februari 2018, advies nr. 428

De toenemende belangstelling voor de UAV-GC leidt ertoe dat deze contractvorm ook wordt toegepast op projecten die daar eigenlijk niet geschikt voor zijn. Dat is ook benadrukt door de Commissie van Aanbestedingsexperts, die constateerde dat sprake was van “een redelijk eenvoudige raamovereenkomst”. In dat licht begreep “de Commissie de blijkaar overwogen keuze voor een contractvorm volgens de UAV-GC, die is bedoeld voor complexe overeenkomsten, niet”.⁷⁴ Contracteren onder toepasselijkheid van de UAV-GC vergt een weloverwogen keuze.

§ IV.2 Uitlegdiscussies

Contracteren is interpreteren. Naar goede rechtspraktijk is het dan zaak te ‘Haviltexen’. Deze pilaar onder het Nederlandse contractenrecht geldt echter niet onverkort voor aanbestede overeenkomsten.

68 RvA 10 juli 2018, nr. 35.706, alinea's 36-43.

69 Idem, alinea's 43 en 44.

70 Idem, alinea 65.

71 Zie alinea 15, waarin ook VTW007 in het kader van deze grondslag wordt genoemd.

72 Idem, alinea 59.

73 Idem, alinea's 62-64.

74 Commissie van Aanbestedingsexperts 28 februari 2018, advies nr. 428 alinea 5.5.4.

RvA 6 februari 2018, nr. 72.104
 (“Risicoallocatieregeling”)⁷⁵

Tijdens de uitvoering van dit contract, waarin een specifieke risicoallocatieregeling was overeengekomen, bleek dat ON meer verontreinigde grond moest afgraven (en minder grond kon hergebruiken) dan bij aanbesteding was voorzien. In eerste aanleg werd het beroep van ON op bijbetaling vanwege onjuistheden in de informatie van OG afgewezen, vanwege de inhoud van de specifiek overeengekomen risicoallocatieregeling.⁷⁶ In hoger beroep kwam de betekenis aan de orde van de tussen partijen gemaakte afspraak dat OG € 85.810 aan ON wordt vergoed, en:

“Indien de prognosestelling van € 85.810,- overschreden wordt (na verwijdering van huidige depots en mogelijke 155 m³ aan grondvervuiling), zal het werk stil gelegd mogen worden en zullen wij opnieuw in overleg treden.”

In discussie is het begrip “prognose”. Met de Van Dale in de hand, bevestigen appellarbiters dat onder “prognose” moet worden begrepen iets dat in de toekomst ligt en onzeker is. De term kon derhalve alleen zien op de nog te ontgraven grond. Het feit dat ON de in depot gezette grond niet nauwkeurig had berekend, blijft voor zijn rekening.⁷⁷

RvA 27 september 2018, nr. 72.111
 (“Groenonderhoud Defensie”)⁷⁸

Het geschil betrof een Basisovereenkomst voor meerjarig groenonderhoud op defensie terreinen. In discussie was de uitleg van bijlage P inzake beeldkwaliteitsposten. ON meende dat daarin de totale hoeveelheid voor vier jaren was vermeld, terwijl OG meende dat het de hoeveelheid per jaar betrof. Arbiters plaatsen de uitlegdiscussie in aanbestedingsrechtelijke sleutel, waarbij zij aansluiten bij het *Succhi di Frutta*-arrest.⁷⁹ Dit normatieve kader is niet ongebruikelijk en sluit aan bij nationale rechtspraak inzake de uitleg van aanbestede contracten.⁸⁰ Arbiters concluderen dat de relevante passages voor meerderlei uitleg vatbaar zijn en komen, gelet op de *contra proferentem*-regel, tot de conclusie dat de tegenstrijdigheid in het nadeel van OG dient te worden uitgelegd.⁸¹

De gevolgen daarvan worden echter beperkt. Onverkorte toepassing van de door ON gestelde – en door arbiters onderschreven – lezing zou naar hun oordeel het aanbestedingsresultaat frustreren. Er zou dan een aanneemsom ontstaan die, als ON daarmee zou hebben ingeschreven, niet tot

gunning aan ON zou hebben geleid. Arbiters sluiten qua gevolgen aan bij de inschrijfsom van de tweede inschrijver.⁸²

Wellicht is daarmee materieel een redelijke uitkomst bewerkstelligd. Wel blijft het de vraag of het aanbestedingsrecht zich zodanig tot het contractenrecht verhoudt, dat dit tot een zodanig ingrijpen in een contract kan leiden. Ook is het vraag of het economisch gezien passend was om aan te sluiten bij de inschrijfsom van de opvolgend inschrijver. Niet uit te sluiten valt dat die inschrijver op kostprijnsniveau of met verlies heeft ingeschreven. Dit zou feitelijk tot een situatie leiden die wringt met het oordeel dat de uitleg in het nadeel van OG plaats dient te vinden. Een wat mildere gedachte is om het gemiddelde van de andere inschrijfsommen als uitgangspunt te nemen, of het gemiddelde na ecartering van de hoogste en de laagste inschrijving. Dit zou wel tot een aanbestedingsrechtelijk geschil tussen OG en opvolgend inschrijver kunnen leiden. Daarvan kan worden overwogen of dat niet voor risico van OG zou moeten blijven. Die draagt immers de verantwoordelijkheid en het risico van heldere formulering.

V. Ontbinding

Ontbinding veronderstelt een tekortkoming, en in beginsel verzuim (art. 6:265 BW). Is nakoming mogelijk, dan treedt het verzuim in nadat de schuldenaar in gebreke is gesteld via schriftelijke aanmaning waarbij een redelijke termijn voor nakoming wordt gesteld, en nakoming binnen die termijn uitblijft (art. 6:82 BW). De wet kent meerdere gevallen waarin het verzuim zonder ingebrekestelling intreedt, zie onder meer art. 6:83 BW.⁸³ Ook de UAV-GC kennen ontbindingsregelingen, waaronder § 43 lid 2.⁸⁴ De eerste volzin daarvan luidt:

“Als de OG constateert dat de ON de op hem rustende verplichtingen niet nakomt of niet zal nakomen en hem deswege in gebreke stelt, zal dat schriftelijk geschieden en zal de OG de ON daarbij een redelijke termijn stellen om alsnog zijn verplichtingen na te komen.”

RvA 31 mei 2018, nr. 36.100 (“Onenigheid demarcatie”, *tussenvonnissen*)⁸⁵

Tussen hoofdaannemer (HA) en onderaannemer (OA) ontstaat – na contractsluiting – discussie over de demarcatie

75 RvA 6 februari 2018, nr. 72.104. Dit is het hoger beroep van RvA 27 december 2016, nr. 35.643.

76 RvA 27 december 2016, nr. 35.643.

77 RvA 6 februari 2018, nr. 72.104, alinea's 23-28.

78 RvA 27 september 2018, nr. 72.111. Dit is het hoger beroep van RvA 28 februari 2017, nr. 35.740.

79 HJEG 29 april 2004, C-496/99 P, alinea 111.

80 Zie o.m. Hof Arnhem-Leeuwarden 31 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7154, r.o. 5.6 en 5.7; Hof Amsterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2157, r.o. 3.5 en Conclusie A-G Keus 19 mei 2017, ECLI:NL:PHR:2017:467, alinea's 2.5, 2.7, 2.9 en 2.12.

81 RvA 27 september 2018, nr. 72.111, alinea's 22, 29 en 30.

82 Idem, alinea 35.

83 Dit artikel is niet-limitatief. Vgl. HR 6 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7364, NJ 2000/691 (*Verzicht/Rowi*), HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4358, NJ 2003/257, m.nt. Jac. Hijma en HR 22 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:A09494, NJ 2006/597, m.nt. Jac. Hijma (*Endlich/Bouwmachines*).

84 Daarnaast kennen de UAV-GC de bevoegdheid tot ontbinding toe in § 9 lid 6 (niet-tijdige beschikbaarheid vergunningen e.d.), § 16 lid 5 (schorsing Werkzaamheden door OG voor meer dan zes maanden), § 6 lid 7 (ononderbroken stilligging Uitvoeringswerkzaamheden door of vanwege OG, voor meer dan twee maanden), § 38 lid 7 (niet stellen genoegzame zekerheid door OG bij (dreigende) tekortkoming in de nakoming van zijn betalingsverplichtingen), § 42 (uitblijven betaling of afgifte prestatieverklaring door OG, dan wel het onvermogen of overlijden van OG), en § 43 lid 3 t/m 5 (onvermogen of overlijden ON).

85 RvA 31 mei 2018, nr. 36.100.

van verantwoordelijkheden van de verschillende OA's van HA. Die discussie leidt volgens HA tot een aan OA toerekenbare vertraging in de afronding van de Ontwerpwerkzaamheden, om welke reden HA heeft ontbonden. Arbitrer oordeelt dat geen tekortkoming van OA is komen vast te staan.⁸⁶ Arbitrer gaat desondanks ook nog in op het verzuimvereiste. Daarbij loopt hij het wettelijk kader systematisch af. Hij stelt vast dat geen sprake was van blijvende of tijdelijke onmogelijkheid tot nakoming, zodat verzuim was vereist.⁸⁷ Hij stelt vervolgens onder verwijzing naar § 43 UAV-GC vast dat in beginsel een ingebrekestelling is vereist.⁸⁸ De gevallen van verzuim zonder ingebrekestelling die de wet biedt (zoals art. 6:80 lid 1 onder ben 6:83 BW), zijn in casu niet aannemelijk gemaakt.⁸⁹

Op de vraag of HA mocht afleiden dat OA in de nakoming zou tekortschieten, oordeelt arbitrer negatief.⁹⁰ Er bestond nog een meningsverschil over de scope van het werk van OA, maar partijen waren hierover nog in bespreking, aldus arbitrer. De ontbindingsverklaring wordt daarom beschouwd als een opzegging ex § 16 lid 8 UAV-GC. OG had nog aangevoerd dat het enkele ontbreken van een ontbindingsgrond nog niet meebrengt dat de overeenkomst daarmee als opgezegd kan worden beschouwd. Arbitrer stapt daar omheen door te oordelen dat ook meeweegt dat OG vervolgens het aan ON opgedragen Werk door een derde heeft laten afmaken.⁹¹ Daarmee is de opzegging gegeven. Uitkomst is dat moet worden afgerekend op de voet van § 16 lid 10 UAV-GC. Die afrekening vindt blijkens het eindvonnis volgens het boekje plaats.⁹²

RvA 10 juli 2018, nr. 35.706
 (“vooroververdediging”)

Tot slot is nog vermeldenswaardig dat het “vollopen” van de op grond van art. 16 MBO gemaximeerde boete op grond van in de kwestie “vooroververdediging” door OG ten grondslag werd gelegd aan de buitengerechtelijke ontbinding. Arbiters overwegen dat OG, omdat de boete niet was “volgelopen”, niet tot ontbinding gerechtigd was. De door ON gevorderde verklaring van recht dat OG de Overeenkomst ten onrechte buitengerechtelijk heeft ontbonden, wordt dan ook toegewezen.⁹³ De ontbinding wordt – bij gebreke van gemotiveerd verweer van OG – aangemerkt als een opzegging (§ 16 lid 8 UAV-GC).⁹⁴

86 Idem, alinea's 27 en 28.

87 Idem, alinea 29.

88 Idem, alinea 30.

89 Idem, alinea 31.

90 Idem, alinea 31.

91 Vgl. HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, NJ 2012/684 waarin de Hoge Raad oordeelde dat een onterechte ontbindingsverklaring niet automatisch leidt tot een opzegging, maar in beginsel tot het voortbestaan van de overeenkomst. Zie r.o. 3.3.2 en 3.3.3. Zie ook HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:152, NJ 2016/91, r.o. 3.5.2-3.5.3.

92 RvA nr. 36.100 d.d. 18 oktober 2018. Het eindvonnis is vooral feitelijk van aard en wordt daarom niet nader besproken.

93 RvA 10 juli 2018, nr. 35.706, alinea 196.

94 Idem, alinea 187.

VI. Varia

Tot besluit enkele varia inzake garanties op het werk, totstandkoming van een overeenkomst, de UAV-GC terminologie, en een vervaltermijn.

RvA 5 februari 2018, nr. 35.820 (“renovatie rijkswegen”)

ON heeft voor OG rijkswegen gerenoveerd. Na oplevering ontstaan (vele) gebreken aan de ZOAB deklaag. Partijen spreken af dat ON herstelwerkzaamheden zal uitvoeren en de kosten daarvan draagt, tenzij zou blijken dat de gebrekkige kwaliteit was gelegen in omstandigheden die niet voor risico van ON komen.⁹⁵ Partijen komen er samen niet uit, en starten een arbitrage. ON herstelkosten van ruim € 8 ton. OG vordert korting ad € 3 mio vanwege het niet voldoen aan het gegarandeerde kwaliteitsniveau.

In conventie speelt de vraag wie de herstelkosten dient te dragen. Uitgangspunt voor gebreken na oplevering is dan § 28 UAV-GC. Die paragraaf ontslaat ON van aansprakelijkheid na oplevering, tenzij sprake is van verborgen gebreken. Stelplicht en bewijslast of voldaan is aan de criteria van § 28 UAV-GC, rusten in beginsel op OG.⁹⁶ In dit geval zijn partijen echter van § 28 UAV-GC afgeweken,⁹⁷ en diende ON garanties op het Werk af te geven. Ook rustte op ON de bewijslast aan te tonen dat het gebrek *niet* voor zijn rekening kwam.⁹⁸

Arbiters stellen voorop dat de schade het gevolg kan zijn van vele factoren.⁹⁹ De door ON genoemde oorzaken, worden echter verworpen.¹⁰⁰ Arbiters wegen mee dat ongebruikelijk vroeg herstel moest worden gepleegd, en dat de schade niet verklaard wordt uit de door ON gestelde oorzaken. Nu ON er niet slaagt het vereiste bewijs te leveren, blijven de herstelkosten voor zijn rekening. Daar staat tegenover dat ook de kortingsvordering wordt afgewezen. Contractueel was overeengekomen dat voor het innen van korting vanwege kwaliteitsgebreken een ingebrekestelling vereist was.¹⁰¹ Die is volgens arbiters niet verzonden, waarbij het toezenden van technische rapportages niet met een ingebrekestelling worden gelijkgesteld, al was het maar omdat daarin geen termijn voor nakoming is gesteld.¹⁰²

Rb. Den Haag 2 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:5211

In dit vonnis wordt geoordeeld dat de uitoefening van het retentierecht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Inhoudelijk valt het vonnis dus buiten de kaders van deze kroniek. Het vonnis geeft wel aanleiding voor de gedachte dat partijen zich niet (altijd) gehouden hebben aan de principes uit de UAV-GC. Er wordt

95 Idem, alinea 5 sub e.

96 Toelichting MBO en UAV-GC, p. 81.

97 Art. 13 MBO biedt hier ook een grondslag voor.

98 RvA 5 februari 2018, nr. 35.820, alinea 12 en 21.

99 Idem, alinea 22.

100 Idem, alinea 16, 23-35.

101 Idem, alinea 40. Zie over de kaders van een ingebrekestelling, ook het kopje ‘Ontbindingsperikelen’ in deze kroniek.

102 Idem, alinea 58.

vrij consequent gesproken over ‘meerwerk’ en ‘meerwerk-discussie’;¹⁰³ een terminologie (en systematiek) die past bij een klassieke overeenkomst. Het niet volgen van de terminologie uit de UAV-GC zien wij overigens ook in veel rechtspraak terug. In deze kroniek hebben wij getracht juist zoveel mogelijk bij die terminologie aan te sluiten.

*Rb. Zeeland-West-Brabant 17 oktober 2018,
ECLI:NL:RBZWB:2018:6884*

Centraal stond de vraag of een UAV-GC Overeenkomst tot stand was gekomen. Die vraag wordt ontkennend beantwoord. De Gemeente Roosendaal had een Europese niet-openbare aanbesteding georganiseerd ten behoeve van de renovatie van een gebouw. Het College van B&W zou als OG acteren. De instemming van het college was constitutief voor het tot stand komen van de Overeenkomst.¹⁰⁴ Aan deze formele voorwaarde was niet voldaan. Eiseres mocht er volgens de rechtbank niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat desondanks een overeenkomst tot stand was gekomen. Het zou de gemeente aanbestedingsrechtelijk ook niet zijn toegestaan van deze formele voorwaarde af te wijken. Eiseres had met deze aanbestedingsrechtelijke context rekening moeten houden.¹⁰⁵

Gestelde toezeggingen van een ambtenaar leiden niet tot een ander oordeel.¹⁰⁶ Dat geldt ook voor de omstandigheid dat partijen na voorlopige gunning maandenlang hebben onderhandeld over – aanzienlijke – aanpassingen. Mede doordat de gemeente zich de mogelijkheid had voorbehouden de aanbesteding op elk moment te beëindigen zonder dat daar een vergoeding tegenover stond, is geen plaats voor vergoeding van het positieve of negatieve contractbelang.¹⁰⁷ Los van de aanbestedingsrechtelijke (on)toelaatbaarheid van zulke onderhandelingen,¹⁰⁸ wordt hiermee het belang aangetoond van duidelijke afspraken, ook waar het gaat om vooropdrachten of nadere uitwerkingen.

RvA 30 oktober 2018, nr. 35.959 (“Aan- en afvoer ballast”)

In deze zaak speelde de vervaltermijn uit § 47 lid 3 UAV-GC een rol. OG heeft aan ON een negatieve incentive opgelegd. OG heeft die verwerkt in zijn eindafrekening, die per brief op 11 mei 2016 aan ON werd toegezonden waarbij ON werd gewezen op de zes-maanden termijn. Pas op 2 juni 2017 heeft ON bij memorie van repliek een vordering ingesteld

over deze volgens hem ten onrechte opgelegde boete. Hiermee is ON te laat en dus niet-ontvankelijk.¹⁰⁹

VII. Afsluitende opmerkingen

Tot zover de kroniek UAV-GC uitspraken 2018. Wij kijken uit naar de uitspraken in 2019 en zouden het goed vinden als arbiters ook daarin de principes uit de UAV-GC helder blijven toepassen in lijn met bijvoorbeeld de uitspraken “Hoger beroep bovenbouwvernieuwing spoor” en “Fort Vechten”. Dit komt de rechtszekerheid ten goede en dat is wat ons betreft een welkome ontwikkeling voor opdrachtgevers en opdrachtnemers die in UAV-GC projecten vaak al met genoeg risico’s en onzekerheden te kampen hebben.

103 Treffend is de constatering in r.o. 4.3 dat de “facturen voor een groot deel betrekking [hebben] op zogenoemd “meerwerk”, of, in de termen van de algemene voorwaarden die op de overeenkomst van toepassing zijn, “verzoeken tot wijziging”.

104 Aanbestedingsrechtelijk houdt de voorlopige gunning geen aanvaarding ex art. 6:217 BW in, zie art. 2.129 AW2012.

105 Rb. Zeeland-West-Brabant 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:6884, r.o. 3.3 en 3.4.

106 Idem, r.o. 3.4.

107 Idem, r.o. 3.5 en 3.6.

108 Al jarenlang staat het op gespannen voet met het Europese aanbestedingsrecht om bij openbare en niet-openbare procedures bilateraal te onderhandelen over de fundamentele punten van de opdracht, en met name de prijzen, zie bijv. de verklaring ad art. 5 lid 4 van Richtlijn 71/305/EEG, *PbEG* d.d. 21 juli 1989 (L 210/22).

109 RvA 30 oktober 2018, nr. 35.959, alinea’s 11, 47-50.