

Kroniek UAV-GC uitspraken 2019

BR 2020/24

In navolging op de kronieken UAV-GC 2017 (BR 2018/17) en UAV-GC 2018 (BR 2019/18), brengen wij opnieuw de kroniek UAV-GC uit, met ditmaal de uitspraken gewezen in 2019.²

De principiële discussie over de verantwoordelijkheidsverdeling in UAV-GC-contracten die in enkele uitspraken in 2017 en 2018 heeft gewoed, keert in 2019 niet in een vergelijkbare omvang terug. We doelen op het vraagstuk wie de verantwoordelijkheid draagt voor het ontwerp (ook voor die delen die van opdrachtgever afkomstig zijn). De onduidelijkheid die hierover heeft bestaan in de jurisprudentie heeft in 2019 niet opnieuw de kop op gestoken. In 2019 zijn er met name interessante uitspraken gewezen over back-to-back contracteren van onderaannemers in UAV-GC-contracten. Ook valt het relatief grote aantal uitspraken op over toepassing van de opleverprocedure uit de UAV-GC, waarbij de civiele rechter een iets andere benadering lijkt te kiezen dan de Raad van Arbitrage voor de Bouw.

De totale oogst voor 2019 bestaat uit 11 arbitrale vonnissen, 5 civiele uitspraken en 1 advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts. De uitspraken komen in deze kroniek voorbij aan de hand van thema's. Een aantal uitspraken keert bij verschillende thema's terug. De thema's zijn:

1. De kenmerken van een geïntegreerd contract
2. Informatieperikelen en aanspraken opdrachtnemer
3. Souplesse bij het volgen van wijzigingenprocedures
4. Kostenvergoeding, bekwame spoed en onderbouwing
5. Oplevering
6. Gebreken na oplevering
7. UAV-GC en 'back-to-back'
8. Varia

1. De kenmerken van een geïntegreerd contract

Wat zijn de kenmerken van een geïntegreerd contract? Deze vraag speelde in twee uitspraken die in 2019 zijn verschenen.

¹ De auteurs werken bij Infense advocaten te Deventer.

² Er zijn uitspraken verschenen waarin de UAV-GC wel (één keer) worden genoemd, maar waarin deze kennelijk geen inhoudelijke rol van betekenis hebben gespeeld. In Hof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10845 hebben partijen een basisovereenkomst behorende bij de UAV-GC 2000 voor de bouw van een woning gesloten, de uitspraak bevat geen specifiek UAV-GC gerelateerde overwegingen. In Rb. Rotterdam 30 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:1433 werd § 33 UAV-GC kort aangehaald. De uitspraak RvA 18 januari 2019, nr. 36.122 betreft de vaststelling van een 'redelijke prijs' (art. 7:752 BW), waarbij in het kader van de rentediscussie § 42 lid 2 UAV-GC nog ter sprake komt. In Rb. Noord-Nederland 24 juli 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3276 werden de UAV-GC alleen in het feitencomplex aangehaald in relatie tot een bovenliggende hoofdaannemingsovereenkomst. Deze uitspraken behandelen wij hier verder niet.

1.1 Wat is een geïntegreerd contract?

Die vraag stond centraal in het advies nr. 500 van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE). De zaak zag op een Europese aanbesteding voor ingenieursdiensten in de GWW-branchen. Inschrijvers moesten in het kader van de geschiktheidseisen ervaring aantonen met het opstellen van een geïntegreerd contract. Bij nota van inlichtingen wordt de vraag wat precies met een geïntegreerd contract wordt bedoeld, als volgt beantwoord:

“Als je meerdere fasen van (bouw)project onderbrengt in een opdracht/contract.”

De door klager bij inschrijving ingediende referentie kwalificeert volgens de aanbestedende dienst niet als geïntegreerd contract, waarop zijn inschrijving terzijde wordt geschoven.

Nadat klager bot ving bij het klachtenmeldpunt, stapte hij naar de CvAE. Volgens de CvAE bestaat er een breed gedeelde definitie van het geïntegreerd contract. Het wezenskenmerk is dat ON niet alleen zorg draagt voor de uitvoering van het werk, maar ook – in meer of mindere mate – zorg draagt voor het ontwerp. Ook kunnen zijn werkzaamheden worden uitgebreid bijvoorbeeld (meerjarig) onderhoud, financiering en exploitatie.³ Het is niet noodzakelijk dat (bijvoorbeeld) de door ON te bereiken resultaten functioneel worden omschreven, dat de UAV-GC van toepassing zijn verklaard of dat risico's op systeemniveau aan ON zijn toebedeeld.⁴

De CvAE constateert dat de door de aanbestedende dienst gegeven definitie hier niet op aansluit, en zij dus geen goede definitie heeft gegeven. Tegelijkertijd is het volgens de CvAE echter zo dat inschrijvers op een dergelijke aanbesteding bekend mogen worden verondersteld met het begrip 'geïntegreerd contract', en dat zij dit begrip op eenzelfde wijze uitleggen in die zin dat ON in ieder geval zowel ontwerp- als uitvoeringswerkzaamheden verricht. Net als de aanbestedende dienst, is de CvAE van mening dat de ingediende referentie hier niet aan voldoet, doordat het ingediende contract enkel zag op uitvoeringswerkzaamheden.⁵

1.2 Design and Construct Light

In geding is een overeenkomst voor het ontwerp en de uitvoering van een voetgangerstunnel onder station Gorinchem.⁶ De UAV-GC en het Gele Boekje versie 006 zijn van

³ CvAE 28 februari 2019, advies nr. 500, alinea 5.2.2 met verwijzingen in alinea's 5.2.3-5.2.8.

⁴ Idem, alinea 5.3.5.

⁵ Idem, alinea 5.3.4.

⁶ RvA 12 juli 2019, nr. 36.697.

toepassing. Het werk is aanbesteed volgens de D&C Light-methodiek. ProRail omschrijft deze methodiek als volgt:⁷

“Bij D&C light is onze eisenspecificatie gebaseerd op een uitgewerkt ontwerp waarbij wij de risico's reeds hebben benoemd. Anders gezegd: bij een standaard D&C aanbesteding zetten we een probleem in de markt, bij D&C light leveren we de oplossing er al deels bij. U hoeft bij D&C light nauwelijks ontwerpspanningen meer te doen om tot een aanbieding te kunnen komen. De ontwerprijheden zijn: de detail-engineering van de constructie, de mootlengte-verdeling van de constructie, de uitvoeringsmethodiek en de bouwlogistiek. Maar als u dat zelf zou willen, kunt u ook met alternatieve ontwerp oplossingen en uitvoeringsmethoden komen. D&C light geeft u de keus.”

ProRail gebruikt deze methodiek voor onderdoorgangen en viaducten die aan specifieke voorwaarden voldoen.⁸ Zo ook de realisatie van deze reizigerstunnel, die door Ballast Nedam Infra is aangenomen.⁹ Tijdens de uitvoering ontstaan diverse geschillen. Zo meent Ballast dat de eerste contractuele TVP onvoldoende was om de geplande werkzaamheden uit te voeren. Ook is volgens haar sprake van ernstigere verontreiniging dan was vermeld, met het verzoek aan ProRail om instructie. Verder worden twee beerputten aangetroffen, waarbij Ballast verzoekt om instructies en nadere informatie.

Op 21 februari 2019 stuurt Ballast een brief, waarin Ballast stelt dat zij niet verder kan/mag met het werk, en ProRail heeft geweigerd instructies te geven als bedoeld in § 13 lid 4 UAV-GC. Ballast verzoekt om zo spoedig mogelijk in overleg te treden over de beëindiging van het contract. Ballast benoemt in die brief ook als omstandigheid het in haar ogen ten onrechte afwijzen door ProRail van enkele VTW's. ProRail laat Ballast weten haar aan het contract te houden. Minnelijk overleg leidt niet tot het gewenste resultaat, waarna ProRail een kort geding start.

ProRail stelt dat Ballast in februari 2019 zonder daartoe gerechtigd te zijn, de werkzaamheden heeft gestaakt, waardoor tijdige oplevering niet meer mogelijk zou zijn. Een voorlopige voorziening zou nodig zijn om Ballast haar verplichtingen te laten nakomen. Ballast verweert zich met het standpunt dat het spoedeisend belang ontbreekt, en dat zij terecht gebruik heeft gemaakt van haar rechten uit § 14 UAV-GC. Verder voert Ballast een principieel verweert ten aanzien van de D&C Light-methodiek in het licht van het onderhavige werk:¹⁰

“Aanbestemster betoogt dat het project met de dag ingewikkelder, arbeidsintensiever en specialistischer wordt,

van aard wijzigt en daarnaast in tijd gaat schuiven. Volgens aanbestemster is zij geen spooraanwerner, maar was dat bij het sluiten van de overeenkomst niet zo'n probleem gezien het D&C Light karakter daarvan, waarbij opdrachtgeefster ontwerp oplossingen heeft aangedragen. Door de wijzigingen is veel meer spoorexpertise nodig, waarover aanbestemster naar eigen zeggen niet beschikt. [...] Voorts beroept aanbestemster zich op dwaling, nu zij gezien de aanduiding van het contract als D&C Light niet een dergelijk ingewikkeld infra project hoefde te verwachten, althans niet hoefde te verwachten dat opdrachtgeefster zich op de wijze zou opstellen als zij heeft gedaan toen aanbestemster de geconstateerde problemen meldde, en aanbestemster aldus op het verkeerde been is gezet.”

Arbiters komen niet toe aan een inhoudelijk oordeel: volgens arbiters is het geschil daarvoor te complex en omvangrijk. Ook wegen arbiters mee dat ProRail onvoldoende heeft gesteld dat zij een spoedeisend belang heeft bij haar voorziening om Ballast te veroordelen het werk uiterlijk op 1 december 2021 op te leveren.¹¹ Desalniettemin is het aardig kennis te nemen van het vonnis. Zien wij het goed, dan is het namelijk voor het eerst dat in de jurisprudentie van de RvA zo nadrukkelijk een beroep wordt gedaan op de aard en kenmerken van het D&C Light-contract. Wellicht dat hier een vervolg op komt, nu ProRail een bodemprocedure is gestart.¹²

2. Informatieverstrekking en aanspraken

§ 4 lid 1 UAV-GC bepaalt dat ON verplicht is de Ontwerp- en Uitvoeringswerkzaamheden zodanig te verrichten dat het Werk op de in de Basisovereenkomst vastgestelde datum van oplevering voldoet aan de uit de Overeenkomst voortvloeiende eisen. Zoals ook in de toelichting bij de UAV-GC is opgemerkt, zullen de verplichtingen van ON er niet altijd toe leiden dat ON tot een absolute resultaatsverplichting gehouden is omdat ON niet in alle gevallen volledige vrijheid heeft het Werk te realiseren zonder actieve betrokkenheid van OG.¹³ Voorbeeld van die betrokkenheid is de informatieverstrekking van OG. In het niet of onjuist verstrekken van informatie kan grond gelegen zijn ON ontslagen te achten van diens aansprakelijkheid uit hoofde van § 4.

Op grond van § 3 lid 1 UAV-GC dient OG die informatie te verstrekken waarover hij beschikt en die noodzakelijk is om het Werk – en eventueel het Meerjarig Onderhoud – te realiseren. Via § 3 lid 2 UAV-GC is OG verantwoordelijk voor de door hem verstrekte informatie, en krachtens § 3 lid 3 UAV-GC voor de inhoud van de Vraagspecificatie. Schiet OG tekort in zijn verplichtingen, dan kan ON op de voet van § 44 lid 1 sub b UAV-GC aanspraak maken op kostenvergoeding

7 ProRail-brochure getiteld 'D&C light. Eenvoudig aanbesteden van Design & Construct', versie 1.1 d.d. 9 maart 2015, p. 4.

8 Brochure, p. 5.

9 Dit feitenverloop is ontleend aan RvA 12 juli 2019, nr. 36.697, alinea 5.

10 Idem, alinea's 9 en 11.

11 Idem, alinea's 15-19.

12 Zie <https://www.prorail.nl/nieuws/prorail-start-bodemprocedure-ombouw-reizigerstunnel-gorinchem> [laatst bezocht: 20 februari 2020].

13 Toelichting UAV-GC 2005 (CROW), p. 35.

en/of termijnverlenging,¹⁴ onder de voorwaarden die overigens in die paragraaf worden gesteld, en behoudens de schending van een eventuele waarschuwingsplicht als bedoeld in § 4 lid 7 UAV-GC.

Veel geschillen in UAV-GC contracten zijn terug te voeren op het onderwerp informatieverstrekking, ook in de jurisprudentie van afgelopen jaar.

2.1 Zandbed A7

De combinatie Van den Herik-Jansma Drachten ("Combinatie") heeft het werk 'aanbrengen zandbed A7' + 'aanbrengen wooneilanden Houkepoort-Houkemar' uitgevoerd in opdracht van de Provincie Fryslân.¹⁵ Deze werken zijn gezamenlijk aanbesteed omdat er voor de A7 zand benodigd was en ter plaatse van Houkepoort-Houkemar zand vrij zou komen.

In 2014 start de Combinatie een dagvaardingsprocedure ten behoeve van haar aanspraak op bijbetaling vanwege de door haar gestelde tegenvallende hoeveelheid winbaar zand uit de Houkemar. Primair zou de Provincie aansprakelijk zijn vanwege een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van het gesloten UAV-GC-contract. Subsidiair beroept de Combinatie zich op dwaling. De Combinatie lijkt zich te beroepen op § 3 lid 2 en 3 jo. § 44 lid 1 sub b UAV-GC, maar deze paragrafen worden niet letterlijk genoemd in het arrest.

De wanprestatie van de Provincie zou erin gelegen zijn dat zij niet een hoeveelheid van 811.000 m³ winbaar zand heeft geleverd. De aanbestedingsstukken bevatten een rapport van Oranjewoud waarin geconcludeerd was dat 811.000 m³ winbaar zand zou vrijkomen. In een ander rapport van IJB is gewezen op een andere bodemopbouw, maar de conclusie van Oranjewoud zou daarin niet zijn betwist. Daarnaast was in een nota van inlichtingen te kennen gegeven dat het werk domeinvrij¹⁶ zou zijn, wat ook niet juist was aangezien de Combinatie wel degelijk een domeinvergoeding heeft moeten voldoen.

Het Hof oordeelt dat de vorderingen uit hoofde van dwaling en wanprestatie ter zake domeinrechten zijn verjaard. De discussie over de domeinrechten was bekend in 2006 en op 19 maart 2007 maakte de Combinatie per brief aanspraak op vergoeding van de hiermee gemoeide kosten. Deze brief wordt beschouwd als de schriftelijke aanmaning die (voor het einde van de verjaringstermijn was verzonden en) binnen zes maanden gevolgd dient te worden door een stuitingshandeling, te weten het instellen van een eis of andere daad van rechtsvervolgning (art. 3:317 lid 2 jo. 3:316 BW). De rechtbankprocedure werd in 2014 gestart en daarmee bui-

ten de periode van zes maanden. In andere (latere) brieven van de Combinatie werd niet ondubbelzinnig het recht op schadevergoeding voorbehouden in de domeinvergoedingskwestie, waardoor deze niet als stuitingsbrieven konden worden beschouwd. Hierdoor is ook de schadevergoedingsvordering wegens wanprestatie verjaard omdat niet binnen vijf jaar na 19 maart 2007 (opnieuw) een stuitingshandeling was verricht (art. 3:317 lid 1 BW).

De vorderingen in verband met de hoeveelheden winbaar zand zijn niet verjaard. Het Hof verwerpt daarnaast ook het rechtsverwerkingsverweer van de Provincie. Het Hof overweegt dat voor rechtsverwerking enkel stil zitten onvoldoende is en dat volgens vaste jurisprudentie voor een geslaagd beroep op rechtsverwerking de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden nodig is als gevolg waarvan de Provincie hetzij het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de Combinatie haar aanspraak niet meer geldend zou maken, hetzij de Provincie onredelijk in haar belangen zou worden benadeeld doordat de Combinatie haar aanspraak alsnog geldend maakt.¹⁷ De Provincie heeft onvoldoende gesteld om het rechtsverwerkingsverweer te kunnen aannemen, aldus het Hof.

De vorderingen worden evenwel niet toegewezen omdat de Combinatie haar schade niet aannemelijk heeft gemaakt. Het Hof stelt voorop dat bij een UAV-GC-contract als het onderhavige, de uitvoeringsvrijheid van de ON voorop staat. Uit geen van de stukken blijkt dat de Combinatie werkelijk van plan is geweest 811.000 m³ zand te winnen. De Combinatie had een ontgrondingsvergunning aangevraagd voor 700.000 m³ en in haar plan van aanpak stond vermeld dat zij ervan uitging dat er 450.000 m³ grond zou vrijkomen, waarvan 100.000 m³ zand. In het plan van aanpak stond ook vermeld dat de grond voor de A7 van elders zou worden aangevoerd.¹⁸ Ook uit de planning en de daaruit blijkende geplande inzet van materieel (één cutterzuiger) bleek dat de combinatie nooit van plan is geweest 811.000 m³ te winnen.¹⁹

Daarnaast oordeelt het Hof dat uit de informatie bij de aanbestedingsstukken afgeleid kon worden dat de zandwinning bewerkelijk zou zijn. De gelaagdheid zou blijken uit de boorstaten.²⁰ Kennelijk beseftte de Combinatie dat een rendabele zandwinning van 811.000 m³ niet aan de orde zou zijn in dit project. Het was ook niet zo dat de tijdens de aanbestedingsprocedure verstreekte informatie eenduidig wees op een winbare hoeveelheid van 811.000 m³. Dit risico blijft – in het licht van de feiten waaronder de kennelijke uitvoeringsplannen van de Combinatie – voor rekening van de Combinatie.

14 Vgl. Toelichting bij de Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005, Ede: CROW 2005, p. 97-98.

15 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1548.

16 Domeinvrij betekent vrijgesteld van de verplichting om aan het Rijk een domeinvergoeding te betalen in verband met het winnen van zand en de nieuwe toepassing daarvan.

17 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1548, r.o. 5.19 en 5.14.

18 Idem, r.o. 5.15.

19 Idem, r.o. 5.17.

20 Idem, r.o. 5.18.

2.2 Gebreken woning

Voor de bouw van een woning hebben partijen gecontracteerd onder de UAV-GC.²¹ Vast komt te staan dat het ontwerp van (de architect van) OG fouten bevat, wat betekent dat hij is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen. Doordat ON echter zijn waarschuwingsplicht (§ 4 lid 7 UAV-GC) heeft geschonden, komen de gevolgen van deze fouten (bestaande uit de noodzaak tot herstel) voor rekening van ON. Wij bespreken dit vonnis meer in detail in het kader van deel 6 “Gebreken na oplevering”.

2.3 Renovatie cultuurgebouw

Deze zaak – die leidt tot enkele principiële overwegingen van arbiters – betreft het ontwerp en de realisatie van een cultuurgebouw en parkeergarage met daarbij het openbaar gebied.²² De opdracht is aanbesteed in een concurrentiegericht dialogo, en in 2011 op de markt gekomen. Deze aanbestedingsprocedure duurde twee jaar en kende drie dialoogrondes. OG had in de aanbestedingsstukken afwijkingen opgenomen van § 3 lid 2 UAV-GC.²³ Kort gezegd beperkte OG zijn verantwoordelijkheid expliciet tot *onjuiste* informatie waarbij verantwoordelijkheid voor *onvolledige* informatie, ook op enkele in Annex X concreet genoemde onderdelen expliciet was uitgesloten. Daarbij is benoemd dat OG slechts beperkt verkennend milieuhygiënisch onderzoek heeft verricht, en dat hij (enkel) een asbestinventarisatie type A heeft uitgevoerd. Kern van de zaak is dat OG nogal terughoudend was met het verstrekken van informatie, terwijl het daarmee samenhangende (op delen moeilijk beheersbare) risico expliciet bij ON was neergelegd.

Na contractsluiting loopt ON tegen moeilijkheden aan: hij vindt zowel meer ondergrondse obstakels en funderingspalen, als meer asbest dan verwacht. Ook blijkt de bodem veel ernstiger vervuild. ON wil de gevolgen in tijd en geld (circa € 3,6 miljoen) op OG verhalen. Hij grondt zijn aanspraken primair op § 44 lid 1 sub b UAV-GC en, ten aanzien van de vervuilde obstakels en bodemverontreiniging, primair op § 13 UAV-GC.²⁴

Arbiters beginnen met een uiteenzetting van de systematiek van §§ 3 en 4 UAV-GC.²⁵ Vervolgens constateren zij dat OG zijn verantwoordelijkheid (via een Annex X) uit hoofde van § 3 verregaand heeft ingeperkt. Arbiters overwegen:²⁶

“De verantwoordelijkheid van de Opdrachtgever voor de ter beschikking gestelde informatie is in dit geval uitdrukkelijk beperkt tot informatie die onjuist zou zijn. Van die verantwoordelijkheid is uitgesloten dat de informatie onvolledig zou zijn. Arbiters achten deze beperking niet ongeoorloofd. Van een afwijking van de UAV-GC 2005 is

geen sprake, nu in de UAV-GC 2005 slechts gesproken wordt van “inhoud” van de informatie en niet van de omvang daarvan. Voor onvolledige informatie staat de Opdrachtgever derhalve niet in. Een redelijke uitleg van de begrippen “juistheid” en “feitelijke onjuistheden”, zoals in annex X gebruikt, brengt echter wel mee dat indien, niettegenstaande de uitsluiting van de verantwoordelijkheid voor het onvolledig zijn van de informatie, de verstrekte informatie de indruk wekt of redelijkerwijs heeft mogen wekken dat de informatie op een of meer onderdelen wel volledig is, terwijl dat feitelijk niet het geval is, de informatie alsdan ook onder het begrip onjuist valt en aanleiding kan geven tot kostenvergoeding en/of termijnverlenging.”

De vorderingen van ON worden afgewezen:

- Het risico van de grotere hoeveelheid asbest lag bij ON. OG had een visuele asbestinventarisatie laten doen. Gelet daarop, en op de omstandigheid dat tegenvallers conform Annex X voor risico van ON kwamen, wijzen arbiters de vordering van ON betreffende de tegenvallende asbesthoeveelheid af.²⁷
- De aanneming van ON dat zij in de bodem alleen kleine(re) schone obstakels zou aantreffen – en geen volledige fundaties van voormalige gashouders – is nergens op gebaseerd. Arbiters overwegen dat ON er – gelet op Annex X – rekening mee had moeten houden dat de verstrekte informatie over obstakels in de bodem niet volledig was.²⁸
- ON heeft dubbel zoveel funderingspalen moeten uitgraven dan waar zij van uit was gegaan (321 in plaats van 150). Bij de oorspronkelijke bouw van het betreffende gebouw was gerekend met een (uiteindelijk niet-gerealiseerde) extra bouwlaag. Dit was bij ON niet bekend. Ook stelt zij nooit een palenplan te hebben ontvangen, wat OG overigens betwist.²⁹ Volgens arbiters had ON om informatie moeten vragen voordat zij een berekening van het aantal palen ging maken. Ze wist dat er informatie ontbrak, en had (ook tijdens de dialoogprocedure) ruimschoots de tijd die informatie op te vragen. Ook wist zij dat OG terughoudend was met het verstrekken van informatie. ON heeft echter pas na gunning informatie opgevraagd bij het gemeentelijk archief.³⁰
- ON trof een veel ernstigere vervuiling aan dan zij had verwacht. § 13 lid 4 UAV-GC bepaalt in dit verband normaliter dat ON niet aansprakelijk is voor verontreiniging die tijdens de uitvoering wordt aangetroffen. Voor het verwijderen van die verontreiniging kan OG een § 14-wijziging opdragen. Arbiters oordelen echter dat de algemene regeling uit § 13 moet worden toege-

21 RvA 26 februari 2019, nr. 36.298.

22 RvA 6 november 2019, nr. 36.364. Het hoger beroep tegen dit vonnis is aanhangig onder RvA nr. 72.210.

23 Zie bijvoorbeeld alinea 7 sub f onder 1.4 en de zeer uitvoerige afwijking van § 3 lid 2 UAV-GC in alinea 7 sub g.

24 Idem, alinea's 10 en 11.

25 Idem, alinea 13 en het begin van alinea 14.

26 Idem, vervolg van alinea 14.

27 Idem, alinea's 15-21.

28 Idem, alinea's 22-32.

29 Een vergelijkbare discussie speelde in RvA 29 augustus 2019, nr. 36.383, alinea's 38-42 in het kader van een gebrekendiscussie. Vgl. alinea 71, 74, 84, 94 en 129 van dat vonnis.

30 RvA 6 november 2019, nr. 36.364, alinea's 33-37.

past binnen de specifieke kaders van de gesloten overeenkomst. Vanwege de uitdrukkelijke regelingen uit Annex V (en X), is de werking van die § 13 hier beperkt. ON mocht er niet van uitgaan dat de verontreinigingen volledig in beeld waren gebracht. Zij heeft ten onrechte geen rekening gehouden met tegenvallers.³¹

Arbiters houden daarmee strak de hand aan de gesloten overeenkomst. Daarbij valt nog op te merken dat dit contract in 2011 op de markt kwam. Of opdrachtnemers in het huidige tijdsgewricht een dergelijke risico-allocatie nog steeds zouden (moeten willen) accepteren, is natuurlijk de vraag.

2.4 Dafne Schippersbrug

Strabag sloot na een Europese niet-openbare aanbesteding op 25 maart 2015 met de gemeente Utrecht (OG) een aannemingsovereenkomst ten behoeve van de engineering en realisatie van de Dafne Schippersbrug over het Amsterdam-Rijnkanaal.³² Strabag moest op grond van art. 5 lid 2 Basisovereenkomst het DO uitwerken tot UO. In afwijking van de systematiek van de UAV-GC nam Strabag de verantwoordelijkheid voor het ontwerp over van de Gemeente.³³

Eerst na contractsluiting stelt Strabag dat het DO van OG onvoldoende is uitgewerkt om te kunnen verifiëren en verder uit te werken tot een UO. Strabag en OG spreken daarna af dat Strabag zelf een DO opstelt met als uitgangspunt het ontwerp van OG dat bij de aanbestedingsstukken was gevoegd. Strabag zou daarbij de tijds- en kostenconsequenties van haar ontwerpinspanningen dragen, tenzij sprake is van fouten in het DO die leiden tot “substantiële wijzigingen” ten opzichte van het DO van OG.³⁴ Strabag stelt vervolgens een (eigen) DO op en daarna een UO.³⁵ Strabag is van oordeel dat het onverantwoord zou zijn geweest om zonder integrale herberekening van het DO van OG ontwerpverantwoordelijkheid over te nemen.³⁶

Kernstelling van Strabag is dat de OG tekortgeschoten is in haar informatieverplichting als OG omdat zij een ondeugdelijk DO heeft aangeleverd. Het DO is volgens Strabag onuitvoerbaar gebleken hetgeen heeft geleid tot vertraging en vertragingsschade.

De rechtbank stelt vast dat een geïntegreerd contract aan de orde is waarbij sprake is van zowel ontwerp- als uitvoeringswerkzaamheden.³⁷ Het betrof geen doorgerekend bestek op grond waarvan ON meteen kan bouwen. Tegen deze achtergrond – en vanwege de gemotiveerde betwisting van OG tegenover de stelling van Strabag dat het DO niet voldeed³⁸ – heeft Strabag volgens de rechtbank onvoldoende

aangevoerd op grond waarvan het DO meer of andere aanknopingspunten had moeten bieden dan het deed.³⁹

Mocht het DO onvoldoende verifieerbaar zijn geweest, dan kan Strabag dit niet aan OG tegenwerpen. Strabag had dat dan moeten opmerken en OG daarvoor moeten waarschuwen (art. 7:760 lid 2 en lid 3 BW).⁴⁰ Strabag wist dat zij ontwerpverantwoordelijkheid overnam van OG en kende de stukken (waaronder het DO). Strabag had in het kader van de inschrijving op de aanbesteding moeten onderzoeken of het DO kon worden geverifieerd binnen de daarvoor voorziene korte periode. De verwijzing naar art. 7:760 lid 2 en lid 3 BW valt op. Art. 7:760 lid 2 jo. lid 3 BW ziet op de situatie dat sprake is van ondeugdelijke uitvoering van het werk en de oorzaak van die ondeugdelijke informatie is gelegen in een fout van informatie verstrekt door OG. Wellicht was een verwijzing naar de (pre)contractuele waarschuwingsplicht uit art. 7:754 BW meer op zijn plaats, nu uit de feiten en omstandigheden in het vonnis niet blijkt dat sprake was van ondeugdelijke uitvoering door Strabag. Strabag komt geen vordering toe op grond van de stelling dat het DO onuitvoerbaar was.⁴¹

Ten aanzien van de door Strabag gestelde fouten in het DO van OG stelt Strabag dat zij 12 fouten heeft geconstateerd bij het doorrekenen van de constructie en het nader uitwerken van het DO. OG erkent die fouten voor een deel⁴², maar betwist dat deze fouten hebben geleid tot substantiële wijzigingen ten opzichte van het ontwerp van OG.

In het licht van de door partijen gemaakte nadere afspraak – in afwijking van de systematiek van de UAV-GC – oordeelt de rechtbank ten aanzien van 11 van de 12 fouten dat Strabag niet heeft aangetoond dat sprake is van fouten in het DO die hebben geleid tot een substantiële wijziging ten opzichte van het eerste DO. Voor één fout geldt dat deze fout wél heeft geleid tot een substantiële wijziging. Het gaat om de wijziging van de H-pyloon van de brug. Strabag krijgt de kosten voor de Wijziging vergoed, maar heeft volgens de rechtbank niet aannemelijk gemaakt welke vertraging en vertragingsschade deze fout met zich heeft gebracht. De vorderingen van Strabag verband houdend met fouten in het DO van de Gemeente worden bijgevolg grotendeels afgewezen, overigens zonder dat in het vonnis wordt verwezen naar de toepasselijke paragrafen uit de UAV-GC.⁴³

Vermeldenswaardig is nog een discussie over de eisen die OG had gesteld met betrekking tot de conservering van pylonen en de eisen aan kleurvastheid waarvoor volgens Strabag geen normering geldt. Strabag heeft het werk ten opzichte van haar begroting gewijzigd uitgevoerd.⁴⁴

31 Idem, alinea's 49-53.

32 Rb. Midden-Nederland 8 november 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5241.

33 Idem, zie o.a. r.o. 2.5 en 2.10.

34 Idem, r.o. 2.20.

35 Idem, r.o. 2.21.

36 Idem, r.o. 2.22.

37 Idem, r.o. 4.4.

38 Idem, r.o. 4.3.

39 Idem, r.o. 4.4.

40 Idem, r.o. 4.5.

41 Idem, r.o. 4.6.

42 Idem, r.o. 4.10.

43 Idem, r.o. 4.23.

44 Idem, r.o. 4.29.

OG verweert zich door te stellen dat Strabag haar (pre-contractuele) waarschuwingsplicht ex art. 7:754 BW heeft geschonden door hier niet reeds voor inschrijving op te wijzen. De rechtbank volgt dit verweer, onder verwijzing naar de uitspraak van het Hof Amsterdam van 10 september 2013.⁴⁵ De onjuistheid van de (onuitvoerbare) eisen had voor Strabag redelijkerwijs kenbaar moeten zijn. De rechtbank overweegt daarbij dat Strabag niet heeft gesteld dat zij de informatie niet kon controleren of dat nog nader onderzoek nodig was voorafgaand aan inschrijving (dat niet van Strabag kon worden verwacht). Strabag heeft in de inlichtingenfase ook geen vragen gesteld. Strabag kan, zo oordeelt de rechtbank, OG vanwege schending van de waarschuwingsplicht niet meer tegenwerpen dat sprake is van onuitvoerbare eisen.⁴⁶ De gevorderde kosten worden afgewezen.

3. Souplesse bij wijzigingen

De UAV-GC bevatten in – met name – §§ 14 en 15 een uitgebreide regeling over de procedure die bij Wijzigingen gevolgd dient te worden. In voorgaande jaren constateerden wij al dat geschilbeslechte niet in alle omstandigheden onverkort vasthouden aan die regelingen, maar maatwerk bieden waarbij zij met name acht slaan op het gedrag van partijen tijdens de uitvoering van het contract.⁴⁷ Dit maatwerk zien wij ook terug in de jurisprudentie van afgelopen jaar.

3.1 Groenaanleg Sportcampus (tussenvonnissen)

Over de omgang met Wijzigingen handelt allereerst het (tussen)vonnissen van de rechtbank Den Haag, in een zaak over een Werk dat bestond uit het ontwerp en de aanleg van groenvoorzieningen rondom een sportcampus.⁴⁸ De discussie betrof de kosten voor het afgraven en vervoeren van bestaand puin (gebroken klinkers).

De rechtbank oordeelt allereerst dat een juiste uitleg van de Vraagspecificatie meebrengt dat deze werkzaamheden al tot de verplichtingen van ON behoorden.⁴⁹ Subsidiair stelt ON zich echter op het standpunt dat OG eenmaal had ingestemd met het Verzoek tot Wijziging (VTW8a) van ON, zodat daarop niet kan worden teruggekomen.⁵⁰ Dat betoog wordt door de rechtbank gevolgd.⁵¹ Volgens de rechtbank moet VTW 8a worden opgevat als een verzoek tot Wijziging (van de overeenkomst) in de zin van § 15 lid 3 sub a UAV-GC, inhoudende dat zij bijbetaling wenste voor de afgraaf- en vervoerswerkzaamheden, waar dit eigenlijk al tot haar verplichtingen behoorde en dus in de aanneemsom moest worden geacht te zijn inbegrepen. Door dit verzoek goed

te keuren, kan OG volgens de rechtbank niet meer op die goedkeuring terugkomen (§ 15 lid 3 en 23 lid 5 UAV-GC).⁵²

Ter vergelijking: de rechtbank oordeelt anders ten aanzien van de aanpalende VTW 8b van ON. Ook ten aanzien daarvan wordt aangenomen dat de betreffende werkzaamheden al tot de verplichtingen van ON behoorden, maar wordt ON niet gevolgd in het betoog dat desondanks overeenstemming over het verzoek tot Wijziging is bereikt. De rechtbank neemt in dit geval aan dat partijen slechts in algemene zin overeenstemming bereikten ten aanzien van een eenheidsprijs in VTW 8, maar dat daarmee nog niet was ingestemd met vergoedbaarheid van de kosten van de specifieke werkzaamheden die werden opgevoerd onder VTW 8b.⁵³

3.2 Poppodium Doornroosje

In dit arbitrale vonnis tussen een onderaannemer (OA) en een hoofdaannemer (HA) – dat we hierna in deel 7 van deze kroniek (“UAV-GC en back-to-back”) nader bespreken – centreerde een deel van de discussie zich rondom het schriftelijkheidsvereiste bij Wijzigingen c.q. meer- en minderwerk.⁵⁴ Partijen waren toepasselijkheid van de UAV-GC overeengekomen; ook was in het onderhandelingsverslag vastgelegd dat “meer- en minderwerk” voorafgaande schriftelijke goedkeuring van HA behoeft. De OA wordt niet ongeclausuleerd aan dit vereiste gehouden.⁵⁵

Arbiters stellen vast dat partijen zich in de praktijk niet steeds aan dit vereiste hebben gehouden. Voorts is gebleken dat OA meermalen Wijzigingen en de daarmee gepaard gaande meerkosten tijdig heeft gemeld en inzichtelijk heeft gemaakt, waarna HA niet of zeer traag reageerde. In die gevallen heeft HA onvoldoende rekening gehouden met de gerechtvaardigde belangen van OA. Evenmin is arbiters gebleken dat HA in die gevallen (waarin zij de noodzaak van de met de Wijziging gepaard gaande meerkosten ook uit zichzelf had moeten begrijpen) heeft ingegrepen, in die zin dat zij bijvoorbeeld de met de Wijziging gepaard gaande werkzaamheden heeft stilgelegd.

Onder deze specifieke omstandigheden achten arbiters een beroep van HA op het ontbreken van een schriftelijke opdracht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Dit brengt met zich dat het enkel ontbreken van die opdracht in beginsel onvoldoende is om de gevorderde meerkosten af te wijzen, met dien verstande dat het wel dient te gaan om gevallen waarin OA a) tijdig inzicht heeft gegeven in de Wijzigingen en de daarmee gepaard

45 Hof Amsterdam 10 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2858.

46 Rb. Midden-Nederland 8 november 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5241, r.o. 4.30.

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

48 Rb. Den Haag 13 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:1239.

49 Idem, r.o. 4.16-4.27.

50 Idem, r.o. 4.28.

51 Idem, r.o. 4.29-4.33.

52 Idem, r.o. 4.33. De rechtbank behandelt vervolgens nog een beroep van OG op dwaling, dat wordt verworpen. Dit wordt in deze kroniek verder onbesproken gelaten.

53 Idem, r.o. 4.35. In het vonnis komen nog enkele andere vermeende Wijzigingen aan de orde. De overwegingen daarover zijn niet of minder toegespitst op de UAV-GC. Daarmee blijft bespreking daarvan in deze kroniek achterwege.

54 RvA 22 februari 2019, nr. 36.154.

55 Idem, alinea's 60 en 61.

gaande meerkosten, en b) de op de Wijziging betrekking hebbende werkzaamheden zijn uitgevoerd.⁵⁶

4. **Kostenvergoeding, bekwame spoed en onderbouwing**

Dat in uitgangspunt sprake is van een situatie waarin kostenvergoeding en/of termijnverlenging op zijn plaats is, maakt nog niet dat die vergoeding of verlenging ook daadwerkelijk wordt toegekend. Dit bleek afgelopen jaar op verschillende wijzen in de jurisprudentie.

4.1 **Poppodium Doornroosje**

In het kader van de bekwame spoed vereisten uit § 44 UAV-GC noemen wij allereerst de uitspraak “Poppodium Doornroosje”.⁵⁷ Hiervoor – in de paragraaf over souplesse bij Wijzigingen – bespraken wij dat in dit arbitrale vonnis, OA niet ongeclausuleerd werd gehouden aan het schriftelijkheidsvereiste bij Wijzigingen c.q. meer- en minderwerk. Die souplesse blijkt niet in het kader van een verdragingschadeclaim van de OA.

Op 5 september 2013 doet OA een beroep op termijnverlenging. Op 16 september 2013 stemt HA hiermee in, met de vermelding dat die termijnverlenging geen recht zou geven op verdragingschade. Arbiters oordelen dat OA niet inhoudelijk op dit laatste punt heeft gereageerd, zodat HA er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat geen verdragingschade zou worden geclaimd. Arbiters concluderen dat OA haar rechten op het claimen van verdragingschade heeft verwerkt. Zij merken daarbij (ten overvloede) nog op dat dit nog daargelaten is de omstandigheid dat OA niet met bekwame spoed als bedoeld in § 44 lid 2 UAV-GC heeft verzocht om een met de verleende termijnverlenging samenhangende kostenvergoeding, nu zij dit eerst bij brief van 24 maart 2017 heeft gedaan.⁵⁸

4.2 **Transformatie RWS-gebouw**

In dit geschil is een claim van een onderaannemer (OA) op hoofdaannemer (HA) aan de orde.⁵⁹ OA had de opdracht aanvaard betreffende “*het ontwerpen/engineeren, realiseren/transformeren en volledig turn-key en gebruiksklaar opleveren van het werk met betrekking tot het onderdeel W-installaties*”.⁶⁰ Het werk betrof de transformatie van een RWS-gebouw van kantoorfunctie naar woonfunctie. OA claimt op basis van primair § 8 lid 4 jo. 44 lid 1 sub a UAV-GC; subsidiair § 44 lid 1 sub b UAV-GC en meer subsidiair art. 7:753 BW vergoeding van kosten/schade vanwege stagnatie en een inefficiënte uitvoering van het werk.

De vorderingen van ON worden afgewezen. Allereerst stellen arbiters vast dat OA niet heeft voldaan aan het bepaalde in § 44 lid 2 UAV-GC, te weten het met bekwame spoed schriftelijk en gemotiveerd meedelen aan hoofdaannemer van een aanspraak op kostenvergoeding. Volgens arbiters had OA op of omstreeks 13 januari 2017⁶¹ gezien de toen al voorziene extra kosten en/of stagnatieschade en/of prijsaanpassing, HA cijfermatig en meer concreet in kennis kunnen stellen.⁶² Arbiters oordelen dat een opgave niet tot in detail hoeft te kloppen, maar wel op zijn minst een voor de OG (in dit geval HA) voldoende inzichtelijke en gespecificeerde indicatie van de hoogte van de kosten en/of stagnatieschade en/of prijsaanpassing moet bevatten. Arbiters overwegen dat de strekking van het voorschrift is dat de OG zich op basis van de voldoende concrete melding moet kunnen beraden op eventueel te nemen stappen.⁶³

Arbiters achten ook van belang dat de vorderingen van OA steeds andere bedragen bevatten, zonder enige, althans zonder voldoende nadere indicatie en/of specificatie van de samenstelling en/of opbouw daarvan.⁶⁴ Bovendien heeft OA (en dat is waarschijnlijk het belangrijkste) niet aangevoerd dat sprake is geweest van zodanig omvangrijke en/of buitensporige, niet aan haar toerekenbare verdragingen of zodanig ingrijpende planningswijzigingen dat zij überhaupt een aanspraak zou hebben op kostenvergoeding. Uit het vonnis blijkt ook dat het werk (ruimschoots) binnen de contractueel overeengekomen uitvoeringsduur is gerealiseerd.⁶⁵

OA was ten tijde van de aanbesteding bekend met de aard en omvang van het werk, te weten een binnenstedelijke renovatie en transformatieproject. Onder die omstandigheden mag van haar tijdens de (nadere) planning en uitvoering een zekere mate van flexibiliteit worden verwacht, mede gelet op § 8 lid 4 UAV-GC:

“De opdrachtnemer wordt geacht in zijn Aanbieding rekening te hebben gehouden met het feit dat de in lid 1 bedoelde werkzaamheden door nevenaannemers worden uitgevoerd [...]”⁶⁶

OA heeft volgens arbiters ook onvoldoende gespecificeerd welke extra kosten zij heeft moeten maken als gevolg van de beweerdelijke verdragingen.⁶⁷

4.3 **Renovatie portiekappartementen**

Partijen twisten in het kader van een werk betreffende renovatie van portiekappartementen met name over de met een verdragings samenhangende kostenvergoeding.⁶⁸ Het

56 Diverse posten worden hierom expliciet toegewezen, zie alinea's 79, 97, 102 en 109 van het vonnis.

57 RvA 22 februari 2019, nr. 36.154.

58 Idem, alinea 115.

59 RvA 16 oktober 2019, nr. 36.433.

60 Idem, alinea 5 deel c.

61 Dit betreft blijkens alinea 5 deel k de datum waarop wel schriftelijk melding werd gemaakt van verdragende omstandigheden.

62 RvA 16 oktober 2019, nr. 36.433, alinea's 29-33.

63 Idem, alinea 31.

64 Idem, alinea 32, vgl. alinea 34.

65 Idem, alinea 36.

66 Idem, alinea 36.

67 Idem, alinea 35.

68 RvA 13 december 2019, nr. 36.509.

werk was opgedeeld in drie fasen: ontwerp, voorbereiding en uitvoering. Relevant gegeven was daarbij dat de aard van de werkzaamheden meebracht dat bewoners tijdelijk hun woning dienden te verlaten. Ter compensatie biedt de OG daarvoor een verhuiscompensatie aan. Kort na aanbesteding waarschuwt ON dat die vergoeding te laag is. OG zet echter door. Zes van de huurders maken bezwaar tegen de hoogte van de compensatie en dagvaarden OG. Deze huurders worden door de rechtbank in het gelijk gesteld. Volgens arbiters komt de daarmee samenhangende vertraging voor risico van OG.⁶⁹

Het verweer van OG dat partijen een vaste prijs c.q. plafondbedrag zijn overeengekomen, baat haar niet. Vanwege de vele geaccordeerde VTW's zijn partijen al vroegtijdig van de vaste prijs afgestapt.⁷⁰ Dit leidt arbiters tot de conclusie dat ON in beginsel recht heeft op een kostenvergoeding op de voet van § 44 UAV-GC. Arbiters geven niet expliciet aan op welke van de in lid 1 daarvan genoemde grondslagen zij dit oordeel gronden, maar gelet op het feitencomplex lijkt het hier te gaan om een geval als bedoeld in sub b.

Een voor de praktijk relevante overweging, is nog de volgende. ON had ten behoeve van dit Werk prijsafspraken gemaakt met derden. Die afspraken waren gebaseerd op de veronderstelling dat tijdig met fase 3 kon worden aangevangen. OG meent dat de omstandigheid dat die prijsafspraken niet meer (onverkort) kunnen worden nageleefd – bijvoorbeeld omdat enkele derden inmiddels al zijn afgehaakt – tot het ondernemersrisico van ON behoort. Arbiters gaan hier niet in mee. Het honoreren van dit verweer zou volgens arbiters in beginsel kunnen betekenen dat ON *“tot in het oneindige zou kunnen worden gehouden aan de door haar – in het kader van een tijdige realisatie van het werk – met derden gemaakte prijsafspraken. Dit kan naar het oordeel van arbiters niet de bedoeling zijn van de door partijen gesloten overeenkomst.”*⁷¹

Toch baat ON dit alles niet. Volgens arbiters heeft zij haar vordering onvoldoende onderbouwd, reden waarom haar vorderingen (alsnog) worden afgewezen.⁷²

5. Oplevering

§ 24 UAV-GC regelt de procedure inzake de keuring, aanvaarding en oplevering van het Werk. §§ 25 en 26 gaan vervolgens in op herkeuring en aanvaarding na weigering van het Werk respectievelijk vervroegde ingebruikneming van het Werk door de Opdrachtgever. Deze paragrafen vormden expliciet en impliciet het voorwerp van aandacht in diverse uitspraken in 2019. Net als bij de Wijzigingen, zien wij hier overigens dat geschilbeslechte in veel gevallen niet onverkort vasthouden aan de letter van de UAV-GC c.q. het contract als de omstandigheden daartoe aanleiding geven.

69 Idem, alinea's 29 en 30.

70 Idem, alinea's 31-33.

71 Idem, alinea's 34 en 35. Citaat uit het slot van alinea 35.

72 Idem, alinea's 36-39.

5.1 *Schadestaat Segmentenhefdeur (tussenvonnis)*

Allereerst het vervolg van de Segmentenhefdeur-saga, waarin het 'oplevermoment' van belang is voor de schade-afhandeling.⁷³ Uitkomst van het vonnis van 22 oktober 2014⁷⁴ in eerste aanleg en de vonnissen in hoger beroep⁷⁵ is (i) dat ON toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst, door ten aanzien van een stalen dakconstructie ofwel het laswerk gebrekkig te hebben uitgevoerd, ofwel de kwaliteit van staalprofielen te licht te hebben berekend (onderdimensionering), (ii) dat de overeenkomst daarom terecht is ontbonden en (iii) dat ON daarom (ex artikel 6:277 BW) gehouden is tot vergoeding van de gevolgschade die hierdoor is ontstaan, nader op te maken bij staat. Het onderhavige tussenvonnis bevat de eerste oordelen van de Raad in de schadestaatprocedure. Tot een diepgaande schadebehandeling komt het in dit tussenvonnis nog niet. De Raad kapt eerst het nodige dorre hout weg.

Een deel van dat dorre hout wordt gevormd door de stelling van ON dat aansprakelijkheid is gemaximeerd op 1,5 miljoen euro, ingevolge het exoneratiebeding van § 28 lid 3 UAV-GC.⁷⁶ Ter onderbouwing van dat standpunt wijst ON erop dat een opname van het Werk heeft plaatsgevonden (§ 24 lid 2 UAV-GC), hetgeen (kennelijk) volgens ON de oplevering impliceert. Arbiters oordelen echter dat enkel sprake is geweest van een opname van het werk om duidelijkheid te krijgen over welke werkzaamheden nog verricht moesten worden, na de ontbinding. Van aanvaarding als bedoeld in § 24 lid 4 UAV-GC en § 28 lid 1 UAV-GC en dus van oplevering, is daarom geen sprake. En bij gebreke van oplevering komt ON ook geen beroep toe op het exoneratiebeding van § 28 lid 3 UAV-GC.

5.2 *Groenaanleg Sportcampus (tussenvonnis)*

Het (tussen)vonnis van de rechtbank Den Haag betreft een Werk dat bestond uit het ontwerp en de aanleg van groenvoorzieningen rondom een sportcampus.⁷⁷ In deze zaak is het opleverproces (min of meer) tweemaal doorlopen. Tweemaal oordeelt de rechtbank dat ON niet kon aannemen dat OG het Werk voor opgeleverd had aanvaard. Wat opvalt is dat de rechtbank aan omstandigheden een andere conclusie verbindt dan de Raad van Arbitrage voor de Bouw doet in de uitspraken betreffende de nascheidingsinstallatie en nieuwbouw basisschool (zie verderop in deze kroniek).⁷⁸ Hoewel de casusposities in deze uitspraken uiteraard verschillen, ontstaat na lezing van beide uitspraken de indruk dat de rechtbank in zijn uitspraak strikter vasthoudt aan de procedureregels in de UAV-GC betreffende aanvaarding van het Werk, dan de Raad van Arbitrage voor de Bouw dat doet in de hiervoor aangehaalde uitspraken.

73 RvA 14 januari 2019 nr. 35.319.

74 RvA 22 oktober 2014, nr. 34.139.

75 RvA 29 september 2016, nr. 71.990 en RvA 17 mei 2018, nr. 71.990.

76 RvA 22 oktober 2014, nr. 34.139, alinea 36.

77 Rb. Den Haag 13 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:1239.

78 RvA 19 juli 2019, nr. 36.519 en RvA 29 augustus 2019, nr. 36.383.

In de Haagse kwestie groenaanleg sportcampus vindt de eerste poging medio 2017 plaats. ON meldt het Werk conform § 24 lid 1 UAV-GC schriftelijk gereed op 15 mei 2017, waarna op 2 juni 2017 de keuring plaatsvindt (§ 24 lid 2 UAV-GC).⁷⁹ De rechtbank acht bewezen dat OG bij gelegenheid van die keuring – *mondeling* – heeft verklaard het werk niet voor oplevering te aanvaarden.⁸⁰ Uit het feit dat OG nadien termen als ‘restpuntenlijst’ of ‘opleverpuntenlijst’ is gaan hanteren, alsook het feit dat nadien de bouwhekken rondom het terrein zijn weggehaald en het terrein door OG in gebruik is genomen, heeft ON volgens de rechtbank niet mogen afleiden dat het Werk ondanks de mondelinge verklaring, toch als opgeleverd werd beschouwd.⁸¹ Dat OG enkel mondeling heeft verklaard, en dus heeft verzuimd om conform § 24 lid 5 UAV-GC haar standpunt over de niet-aanvaarding schriftelijk te bevestigen, is volgens de rechtbank juist, maar leidt niet tot een ‘fictieve oplevering’ in de zin van § 24 lid 6 UAV-GC.⁸² Daarvoor is immers nodig dat ON, na het uitblijven van de schriftelijke mededeling, per aange tekende brief opnieuw om aanvaarding van het Werk verzoekt, conform § 24 lid 5 UAV-GC, wat ON heeft nagelaten. De rechtbank volgt ON niet in haar stelling dat de niet-aanvaarding van het Werk als onrechtmatig zou moeten worden gepasseerd omdat slechts sprake zou zijn geweest van kleine gebreken (§ 24 lid 7 UAV-GC).⁸³ Volgens de rechtbank heeft ON die stelling, die door OG gemotiveerd is betwist, onvoldoende nader onderbouwd, terwijl de bewijslast hiervoor op ON rust.⁸⁴ Daarmee is het eindoordeel dat het Werk tijdens de eerste opleverpoging niet is opgeleverd.⁸⁵

Een tweede opleverpoging vindt plaats in december 2017. Over een gereedmelding door ON voor herkeuring en aanvaarding, in de zin van § 25 lid 1 UAV-GC, rept het vonnis niet. Aangenomen wordt wel dat op of rond 4 december 2017 de herkeuring heeft plaatsgevonden.⁸⁶ De rechtbank neemt aan dat OG iets meer dan twee weken na de herkeuring, op 20 december 2017, de 13^e termijn betaalbaar heeft gesteld, die volgens het termijnschema zou worden voldaan als het Werk 100% gereed is.⁸⁷ ON betoogt dat uit de afgifte van die verklaring volgt dat het Werk door OG voor oplevering is aanvaard. Maar de rechtbank volgt dat betoog niet: uit het feit dat het Werk is voltooid en de afgifte van de prestatieverklaring volgt niet zonder meer dat het Werk ook is aanvaard. Daarbij wordt meegewogen dat ingevolge § 33 lid 8 UAV-GC de afgifte van een prestatieverklaring nimmer tot

Acceptatie van het Werk kan leiden.⁸⁸ Ook weegt de rechtbank mee dat, volgens de gesloten overeenkomst, na de 13^e termijn nog een bedrag van 5% van de aanneemsom onbetaald was gebleven, als zekerheidstelling, “te verrekenen als bedoeld in § 38 lid 3 UAV-GC”, dus geldend tot aan (in ieder geval) het moment van oplevering van het Werk.⁸⁹ Ten slotte wordt overwogen dat OG net vóór de opname (bij brief van 24 november 2017) uitdrukkelijk had aangegeven dat zij een aantal specifieke gebreken aanwezig achtte en hersteld wilde zien, die volgens de rechtbank – indien terecht gesteld – geen kleine gebreken vormen, terwijl ON in reactie daarop net ná de opname (bij brief van 8 december 2017) aangaf die specifieke gebreken niet te erkennen.⁹⁰ Slotsom is volgens de rechtbank dat, ook ten aanzien van de tweede opleverpoging in december 2017, niet is komen vast te staan dat OG het Werk voor oplevering heeft aanvaard.⁹¹ De rechtbank laat nog wel de mogelijkheid open dat de specifieke gebreken die OG volgens haar brief van 24 november 2017 aanwezig achtte, ten onrechte aan de niet-aanvaarding ten grondslag zijn gelegd. Een oordeel daarover wordt in het vonnis echter niet gegeven; er wordt bepaald dat een deskundige zal worden aangewezen, die zich (kort gezegd) over (de aard van) deze vermeende gebreken mag gaan buigen.

5.3 Nascheidingsinstallatie (tussenvonnissen)

ON heeft een nascheidingsinstallatie gerealiseerd.⁹² Vanwege geconstateerde gebreken, steggelen partijen allereerst over de vraag wanneer de installatie is opgeleverd, waarbij OG de stelling heeft ingenomen dat van oplevering nog geen sprake was. OG had ON aangemaand gestelde gebreken te herstellen om vervolgens het werk alsnog ter acceptatie/aanvaarding bij OG aan te bieden. ON start de arbitrale procedure en verzoekt arbiters te verklaren voor recht dat het Werk reeds per 18 december 2017 is opgeleverd en dat het Meerjarig Onderhoud vanaf die datum is ingegaan.

Arbiters stellen vast dat de installatie per 18 december 2017 is opgeleverd, hoewel ook duidelijk is dat de installatie toen geenszins voldeed aan de contracteisen (OG spreekt over § 2 lid 5 basisovereenkomst en §§ 4 en 24 UAV-GC). Ook had ON diverse in het kader van de oplevering door haar in te dienen documenten, nog niet ingediend. Echter, OG heeft het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat het Werk des-

79 Idem, r.o. 4.4.

80 Idem, r.o. 4.4.

81 Idem, r.o. 4.4 en 4.5.

82 Idem, r.o. 4.6. Met de term ‘fictieve oplevering’ doelt de rechtbank op het bepaalde in § 24 lid 6 UAV-GC, dat het Werk onder voorwaarden moet worden “geacht te zijn aanvaard”.

83 Idem, r.o. 4.7.

84 Het valt op dat de rechtbank niet toekomt aan een bewijsopdracht, aangezien het een tussenvonnissen betreft waarbij ten aanzien van de discussie over het belangrijkste vermeende gebrek die bij de tweede opleverpoging nog zouden resteren wél tot nadere bewijsvoering wordt gekomen, via een deskundigenbericht.

85 Idem, r.o. 4.8.

86 Idem, r.o. 2.26 en 4.9.

87 Idem, r.o. 2.28 en 4.9.

88 Idem, r.o. 4.9. Het is de vraag of de verwijzing naar § 33 lid 8 UAV-GC zuiver is, aangezien daar wordt bepaald dat afgifte van een prestatieverklaring niet leidt tot “Acceptatie”. Dat laatste is een gekwalificeerde term (§ 1 UAV-GC), die een rol speelt bij Kwaliteitsborging in de zin van hoofdstuk 9 UAV-GC. Dat moet worden onderscheiden van ‘aanvaarding’ in de zin van § 24 UAV-GC, in het kader van de oplevering (hoofdstuk 10 UAV-GC). Een zekere analogie is daarentegen wel te trekken. En wellicht heeft de rechtbank dat beoogd.

89 Idem, r.o. 2.4 en 4.10. Volgens § 38 lid 3 UAV-GC geldt de genoemde zekerheid inderdaad tot aan het moment van oplevering, maar is het evenzogoed mogelijk dat die zekerheid blijft gelden ná oplevering, namelijk totdat de aanwezige kleine gebreken in de zin van § 24 lid 7 UAV-GC zijn verholpen of de onderhoudstermijn is verstreken. Uit het feit dat de 5%-zekerheid werd ingehouden is ons inziens dus niet per se af te leiden dat geen aanvaarding van het Werk voor oplevering werd beoogd.

90 Idem, r.o. 2.27.

91 Idem, r.o. 4.12.

92 RvA 19 juli 2019, nr. 36.519.

ondanks als opgeleverd kon worden beschouwd.⁹³ Arbiters komen tot dit oordeel omdat:

- OG het door haarzelf opgestelde Opleverdocument heeft ondertekend op 20 maart 2018. Daarin stond vermeld dat de installatie per 18 december 2017 onder voorwaarden was opgeleverd en dat fysieke overdracht van de installatie plaatsvond per 1 maart 2018;⁹⁴
- uit de correspondentie die daarop volgde, blijkt dat ON – op twee wijzigingen na – akkoord was met de inhoud van het Opleverdocument. OG reageert hier vervolgens niet meer op, maar neemt wel de installatie in gebruik en is deze gaan exploiteren;
- het bouwterrein door ON is overgedragen aan OG, en OG bepaalt wie toegang heeft tot de installatie;
- OG voor uitbetaling van de onderhoudstermijn tekende.

Pas bij brief van 12 juni 2018, toen de installatie al geruime tijd werd geëxploiteerd, werd voor het eerst de stelling ingenomen dat het Werk nog niet zou zijn opgeleverd omdat niet aan alle voorwaarden bij de overeenkomst en de UAV-GC zou zijn voldaan. Van een vervoegde ingebruikneming als bedoeld in § 26 UAV-GC is volgens arbiters geen sprake.⁹⁵

Nu het Werk is opgeleverd geldt dat, voor zover de installatie niet aan de contracteisen voldoet, hier tijdens het overeengekomen Meerjarig Onderhoud een oplossing voor moet worden gezocht. Arbiters geven aan er hierbij van uit te gaan dat ON zich niet te licht zal beroepen op § 28 lid 1 UAV-GC (verborgen gebrekenregeling), nu ON ook zelf op 3 april 2018 nog had aangegeven dat ten tijde van de oplevering nog niet kon worden aangetoond dat de installatie aan de contracteisen voldeed.⁹⁶ Arbiters verklaren voor recht dat het werk per 18 december 2017 is opgeleverd en dat het Meerjarig Onderhoud na oplevering van het Werk is ingegaan. Arbiters houden verder alle beslissingen aan.

5.4 Nieuwbouw basisschool

Ten slotte is in het kader van het opleverbegrip relevant de arbitrale uitspraak over de nieuwbouw van een basisschool.⁹⁷ Aanvankelijk waren partijen twee fasen overeengekomen, waarbij fase 1 hoofdzakelijk zag op de nieuwbouw van de school.⁹⁸ Fase 1 moest op 24 februari gereed zijn voor aanvaarding, hetgeen niet was gehaald.⁹⁹ OG stelt dat het werk ook op 9 en 23 juni 2017 nog niet gereed was, de data waarop het werk is opgenomen door een adviseur van OG.¹⁰⁰ Arbiters oordelen dat het werk op 23 juni 2017 wel opleveringsgereed was, waarbij arbiters ook aangeven

dat de resterende punten op dat moment niet (langer) aan ingebruikname in de weg stonden, reden waarom zij concluderen dat het Werk op 23 juni 2017 geacht wordt te zijn opgeleverd.¹⁰¹ ON verbeurt wel een § 36 UAV-GC-boete voor de te late oplevering.¹⁰² Arbiters overwegen daarbij ook dat dit boetebeding een gefixeerd schadevergoedingsbeding, zodat om die reden de kostenvergoeding van OG als gevolg van te late oplevering, wordt afgewezen.¹⁰³

6. Gebreken na oplevering

Na oplevering kunnen partijen nog steeds discussie voeren over gebreken aan het werk. Art. 13 MBO en § 28 UAV-GC treffen in dit verband een regeling voor aansprakelijkheid voor gebreken na de feitelijke datum van oplevering. Kort gezegd is ON na oplevering enkel aansprakelijk voor verborgen gebreken die te wijten zijn aan zijn schuld of aan ON toerekenbaar zijn. Blijkens § 28 UAV-GC moet OG bewijzen dat een aan ON toe te rekenen verborgen gebrek aan de orde is. In art. 13 MBO kan de bewijslastverdeling voor specifiek in de MBO in te vullen onderdelen van het Werk, worden omgedraaid zodanig dat ON in geval van een gebrek moet aantonen dat het gebrek niet te wijten is aan zijn schuld en ook niet aan ON toerekenbaar is.

6.1 Gebreken woning

Dit vonnis kwam al kort aan de orde in het kader van deel 2 van deze kroniek “Informatieperikelen en aanspraken opdrachtnemer”. In geschil was de bouw van een woning, waarbij partijen hebben gecontracteerd onder de UAV-GC.¹⁰⁴ ON heeft aan de woning Cempanel-platen aangebracht en deze – zoals ook voorgeschreven in het ontwerp van (de architect van) OG – geschilderd met een (niet onverzeepbare) oliegedragen alkydverf. Na oplevering ontstaan problemen aan het schilderwerk.¹⁰⁵ De toepassing van genoemde verf bleek ongeschikt voor Cempanel-platen, waardoor (onder meer) verzeeping was ontstaan. Dit werd verergerd door de omstandigheid dat er onvoldoende ventilatie mogelijk is. Herstelwerkzaamheden hebben niet tot het gewenste resultaat geleid. OG vordert primair alsnog nakoming van de overeenkomst.

Arbiters stellen de aansprakelijkheid van ON voor de gebreken vast. Arbiters kwalificeren het voorschrijven van Cempanel-platen in combinatie met het verfsysteem als een ontwerpfout, waarvoor OG in beginsel zelf verantwoordelijk is (art. 7:760 lid 3 BW en § 3 lid 5: functionele ongeschiktheid voorgeschreven goederen). Hiervoor had ON evenwel moeten waarschuwen (§ 4 lid 7). De ontwerpfout betreft een klaarblijkelijke fout omdat in de verwerkingsvoorschriften van de Cempanel platen stond omschreven dat behandeling moest plaatsvinden met onverzeepbare verf.

93 Idem, alinea 20.

94 Idem, alinea's 15-16.

95 Idem, alinea 20.

96 Idem, alinea 21.

97 RvA 29 augustus 2019, nr. 36.383, alinea's 7 en 27.

98 Idem, alinea's 179 en 180. OG heeft fase 2 uit de overeenkomst gehaald en door een derde uit laten voeren. Arbiters kwalificeren dit als een opzegging in onvoltooide staat, en niet als een ontbinding. ON heeft volstaan met afrekening op basis van minderwerk.

99 Idem, alinea's 7 en 27.

100 Idem, alinea's 7 en 28.

101 Idem, alinea 31 en 147-148.

102 Idem, alinea 32-33.

103 Idem, alinea 35 en 36.

104 RvA 26 februari 2019, nr. 36.298.

105 Idem, alinea's 25-27.

Ook het gebrek aan ventilatie komt voor risico van ON. De architect van OG had wel op enkele plaatsen ventilatie ingetekend, doch zonder vermelding van de vereiste omvang. In dit kader neemt arbiter geen ontwerpfout aan van OG. Ten eerste is het namelijk niet ongebruikelijk dat het bepalen van de omvang van ventilatie (vorm van detailontwerpwerkzaamheden) wordt overgelaten aan de aannemer. De noodzaak van ventilatie is in dergelijke gevallen ook algemeen bekend in de bouwwereld. Daarnaast had ON op grond van eisen van goed en deugdelijk werk volgens verwerkingsvoorschriften moeten werken, hetgeen ook op dit punt niet is gebeurd. Als ON deze voorschriften goed had gelezen, had zij de juiste omvang van ventilatie gekend. Zou al sprake zijn van een ontwerpfout, dan had ON daarvoor moeten waarschuwen.¹⁰⁶

De gevolgen – het moeten plegen van herstel – komt dus voor rekening van ON. Daaraan doet niet af dat de oorspronkelijke klachtenvervaltermijn is verstreken. Het eerder gepleegde herstel – (de poging tot) het vervangen van het gehele verfsysteem – is te kwalificeren als substantieel herstel, zodat een nieuwe vervaltermijn van vijf jaren is gaan lopen. Het beroep op de vijfjaarstermijn uit § 28 lid 2 UAV-GC faalt daarom.¹⁰⁷ ON wordt veroordeeld om nieuwe Cempanel-platen inclusief een nieuw deugdelijk verfsysteem aan te brengen.

Arbiter overweegt daarbij nog als volgt:

“Hoewel aannemster naar het oordeel van arbiter terecht opmerkt dat de keuze voor de UAV-GC 2005 in het onderhavige geval enige verbazing wekt, had zij gezien die keuze een zekere ontwerpverantwoordelijkheid kunnen verwachten.”¹⁰⁸

6.2 Nascheidingsinstallatie (eindvonnis)

In deel 5 van deze kroniek “Oplevering” bespraken wij het tussenvonnis van deze zaak. Op vordering van ON hebben arbiters in het tussenvonnis voor recht verklaard dat het Werk per 18 december 2017 is opgeleverd. Nu het Werk is opgeleverd geldt dat, voor zover de installatie niet aan de contracteisen voldoet, hier tijdens het overeengekomen Meerjarig Onderhoud een oplossing voor moet worden gezocht. Arbiters geven aan er hierbij van uit te gaan dat ON zich niet te licht zal beroepen op § 28 lid 1 UAV-GC (verborgen-gebrekenregeling), nu ON ook zelf op 3 april 2018 nog had aangegeven dat ten tijde van de oplevering nog niet kon worden aangetoond dat de installatie aan de contracteisen voldeed.¹⁰⁹

In het eindvonnis van 9 december, vellen arbiters een oordeel over de vraag of ON tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen.¹¹⁰ In reconventie verzocht OG na-

melijk om verschillende verklaringen voor recht, waaronder een verklaring dat ON niet had gepresteerd conform de contracteisen tot aan een partiële ontbinding van de Basisovereenkomst per datum arbitraal vonnis, voor toekomstige verbintenissen.¹¹¹

Arbiters komen tot de slotsom dat niet gebleken is dat sprake is van een aan ON toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst. De door OG gevraagde verklaringen voor recht worden niet uitgesproken.¹¹² De contractuele (output) eisen van rendement en zuiverheid worden weliswaar niet gehaald, maar niet is komen vast te staan dat dit aan ON is toe te rekenen.¹¹³ Zonder dat arbiters zich expliciet uitlaten over de bewijslastverdeling, lijkt hiervoor aansluiting gezocht te worden bij § 28 lid 1 UAV-GC en moet OG aannemelijk maken dat ON toerekenbaar tekortgeschoten is.

Vaststaat dat de samenstelling van de door OG aangeboden inputstroom (na te scheiden) huishoudelijk afval buiten de bandbreedtes viel waarbinnen de contractueel overeengekomen rendements- en zuiveringseisen gelden.¹¹⁴ De stelling van OG dat aan de contracteisen ook niet wordt voldaan als de input wel binnen de bandbreedtes zou vallen, volgen arbiters niet, al is het alleen maar omdat een test die daarop is gericht niet is uitgevoerd.¹¹⁵ De door OG gestelde tekortkomingen staan niet vast, nu OG is afgeweken van de 8 oorspronkelijk te scheiden grondstoffen en overigens ook wijzigingen heeft laten doorvoeren. OG is in haar meting bovendien uitgegaan van eisen van Afvalfonds, terwijl die niet dezelfde zijn als de contracteisen.¹¹⁶ Met de twee lijnrecht tegenover elkaar staande deskundigenrapporten die waren ingebracht in de procedure is niet vast komen te staan dat de installatie door voor rekening van ON komende omstandigheden niet voldeed of voldoet.

7. UAV-GC en ‘back-to-back’

Dat in de relatie OG – ON de UAV-GC van toepassing zijn verklaard, wil nog niet zonder meer zeggen dat dit ook in onderaannemingsovereenkomsten onverkort het geval is. Uit de jurisprudentie van afgelopen jaar blijkt dat de omstandigheden waaronder is gecontracteerd van belang zijn voor de vraag of verplichtingen al dan niet back-to-back zijn doorgelegd. Daarbij wordt met name belang gehecht aan zaken als: het moment waarop een onderaannemer betrokken raakt, het onderhandelingsproces, de overeenkomsten, het karakter van de werkzaamheden, en het gedrag van partijen. We bespreken dit aan de hand van een aantal uitspraken.

¹⁰⁶ Idem, alinea 38.

¹⁰⁷ Idem, alinea's 52-54.

¹⁰⁸ Idem, alinea 36.

¹⁰⁹ Idem, alinea 21.

¹¹⁰ RvA 9 december 2019, nr. 36.519.

¹¹¹ Idem, alinea 11.

¹¹² Idem, alinea 59.

¹¹³ Idem, alinea 39.

¹¹⁴ Idem, alinea 21.

¹¹⁵ Idem, alinea 27.

¹¹⁶ Idem, alinea 28.

7.1 *Poppodium Doornroosje*

Het Werk dat onderaannemer (OA) had aangenomen van hoofdaannemer (HA) lag bij aanvang op het niveau van het programma van eisen.¹¹⁷ De UAV-GC met diverse project specifieke wijzigingen waren van toepassing. HA heeft het VO en het DO gemaakt in opdracht van haar principaal. Op basis van het DO heeft zij het ontwerp van de E&W-installaties door een derde laten uitwerken tot een technisch bestek. HA meent dat zij haar verplichtingen één-op-één aan de OA heeft doorgelegd, wat haar recht zou geven haar betalingsverplichtingen jegens OA op te schorten, althans tot verrekening over te gaan. Dit, omdat OA niet voldaan zou hebben aan de eisen van de principaal die aan haar waren doorgelegd. Arbiters gaan niet mee in dit betoog, waarbij zij ingaan op drie bepalingen uit de onderaannemingsovereenkomst waar HA zich op beroept:

1. “De hoofdaannemer en de leverancier hebben jegens elkaar exact dezelfde rechten en verplichtingen als de opdrachtgever en de hoofdaannemer jegens elkaar hebben. Indien en voor zover het betreft het door de leverancier uit te voeren werk en voor zover de documenten verwoord welke in het bezit zijn van de leverancier.”
2. “De aannemingsovereenkomst tussen opdrachtgever en hoofdaannemer maakt tezamen met (...) deel uit van deze overeenkomst.”
3. “Het werk van de onderaannemer zal pas definitief goedgekeurd en opgeleverd jegens hoofdaannemer worden beschouwd, indien oplevering door hoofdaannemer aan diens opdrachtgever heeft plaatsgevonden en het werk van onderaannemer daarbij, zonder enige bemerking is goedgekeurd.”

Arbiters stellen voorop dat bij het back-to-back doorleggen van rechten en verplichtingen, waarbij uitsluitend delen van het technisch werk aan OA zijn opgedragen, in beginsel niet kan worden volstaan met een enkele bepaling die niet (veel) meer zegt dan dat HA en OA dezelfde rechten en verplichtingen jegens elkaar hebben als de principaal en HA.¹¹⁸ HA had in de gegeven omstandigheden uitdrukkelijk en specifiek moeten aangeven welke bepalingen zij back-to-back wenste door te contracteren. Dit geldt temeer nu OA pas aan het eind van het ontwerpproces in beeld kwam, en zo in een wezenlijke andere positie jegens de principaal verkeerde dan HA. Daar komt bij dat aan OA slechts een beperkt aantal stukken is verstrekt. Zo zijn de hoofdaannemingsovereenkomst zelf en het VO niet aan haar verstrekt.¹¹⁹

Ten slotte verschillen meerdere bepalingen uit de onderaannemingsovereenkomst en de hoofdaannemingsovereenkomst inhoudelijk van elkaar. Zo worden voor de oplevering § 9 en § 10 van de UAV 1989 van toepassing verklaard, terwijl HA het werk volledig “turn key” aan haar principaal

diende op te leveren. Ook heeft de onderaannemingsovereenkomst (anders dan de hoofdaannemingsovereenkomst) meer het karakter van een traditioneel contract dan van een geïntegreerd contract. De handelwijze van partijen tijdens de uitvoering van het werk paste ook meer bij een traditioneel contract dan bij een geïntegreerd contract, wat er volgens arbiters ook toe kan leiden dat OA niet meer ongeclausuleerd verantwoordelijk is voor het eindresultaat.¹²⁰ Volgens arbiters is het bestek bepalend voor de omvang van de leveringsplicht van OA.¹²¹

Deze overwegingen leiden arbiters onder meer tot de conclusie dat het werk van OA op 29 augustus 2014 als opgeleverd kon worden beschouwd, en niet pas op 30 oktober 2014. Op die laatste datum heeft de principaal het Beschikbaarheidscertificaat aan HA verstrekt. Arbiters concluderen dat HA zich in redelijkheid niet op de bepaling kan beroepen dat de oplevering van het werk van de OA wordt gelijkgeschakeld met de oplevering van de HA aan haar principaal.¹²²

7.2 *Vervanging brug Dorkwerd*

In verband met vorderingen gerelateerd aan het project ‘vervanging brug Dorkwerd’, maakte de onderaannemer (OA) een rechtbankprocedure aanhangig jegens hoofdaannemer (HA).¹²³ HA wierp een bevoegdheidsincident op omdat zij van oordeel was dat partijen de UAV-GC waren overeengekomen, waaronder het arbitrale beding uit § 49 UAV-GC. Het Hof stelt voorop dat de vraag of een arbitrale overeenkomst is gesloten moet worden beantwoord aan de hand van de algemene regels voor de totstandkoming van overeenkomsten (art. 6:217 e.v. BW). Beslissend daarbij is de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (art. 3:33 BW e.v.).¹²⁴

Het had voor OA als professionele partij duidelijk moeten zijn dat zowel met de (UAV-GC) basisovereenkomst met bijbehorende stukken als met de tekst onder het kopje “toepasselijke voorwaarden” in de onderaannemingsovereenkomst werd beoogd alle voor de opdracht van HA aan OA relevante, door de provincie (de hoofdopdrachtgever) met HA overeengekomen voorwaarden ‘back-to-back’ door te contracteren.¹²⁵

HA mocht er redelijkerwijs op vertrouwen dat de UAV-GC zijn gaan gelden tussen haar en de OA. Op 19 maart 2014 heeft HA overgebracht dat zij ervan uitgaat dat OA volledig akkoord gaat met de onderaannemingsovereenkomst indien OA niet binnen 10 kalenderdagen zou reageren. Een (inhoudelijke) reactie binnen die termijn bleef uit, behoudens de reactie dat ‘zo spoedig mogelijk’ zou worden gereageerd,

117 RvA 22 februari 2019, nr. 36.154.

118 Idem, alinea 38.

119 Idem, alinea's 39 en 40.

120 Idem, alinea 41.

121 Idem, alinea 45.

122 Idem, alinea's 48-52.

123 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1774.

124 Idem, r.o. 4.5.

125 Idem, r.o. 4.6.

welke (snelle) reactie vervolgens ook uitbleef. Doordat OA zonder nadere inhoudelijke reactie en/of voorbehoud uitvoering is gaan geven aan de overeenkomst, mocht HA er gerechtvaardigd op vertrouwen dat OA zich aan de onderaannemingsovereenkomst (inclusief het arbitragebeding) gebonden had.¹²⁶ Aldus verklaart het Hof de rechtbank onbevoegd om kennis te nemen van de vorderingen van OA op HA.

7.3 *Houtskelbouwelementen*

Nog een geschil in het kader van een onderaannemingsovereenkomst. Dit keer betreft het een opdracht voor het ontwerpen, engineeren, realiseren en monteren van houtskelbouwelementen voor gevels en daken in een nieuwbouw.¹²⁷ Op de overeenkomst zijn onder meer de UAV-GC van toepassing verklaard. In wezen is sprake van een klassiek geschil, met een meer- en minderwerkclaim van de onderaannemer (OA) in conventie, en een stagnatieschadeclaim van de hoofdaannemer (HA) in reconventie. Zoals de terminologie al doet vermoeden, hebben partijen niet conform UAV-GC-principes geacteerd. Dit blijkt met name in reconventie. HA stoelt zijn vorderingen op twee grondslagen: 1) OA heeft zijn werk te laat opgeleverd, en 2) HA heeft telkens moeten ingrijpen om kosten en schade te beperken, omdat OA zich als een klassieke UAV-aannemer heeft gedragen.

Beide standpunten worden door arbiters verworpen.¹²⁸ Specifiek in het kader van het betoog dat OA “[...] *ondanks de uitdrukkelijke ontwerp- en uitvoeringsopdracht onder toepasselijkheid van de UAV-GC 2005, zich als een standaard UAV aannemer heeft gedragen*”, oordelen arbiters als volgt. Hoewel op papier sprake was van een UAV-GC-overeenkomst, beide partijen meer traditioneel hebben gewerkt:

“Het werk is uitgevoerd op basis van een ontwerp van de kant van hoofdaannemster met uitwerkingsengineering door onderaannemster.”

Op basis hiervan concluderen arbiters dat er daarom “*geen sprake van [kan] zijn dat onderaannemster tekort is geschoten in op haar rustende uit een UAV-GC overeenkomst voortvloeiende ontwerpverplichtingen of verplichtingen anderszins*”. De vorderingen van HA worden vervolgens afgewezen.¹²⁹

8. *Varia*

Aan het slot van deze kroniek bespreken wij nog enkele (onderdelen) van uitspraken betreffende enkele thema's die vallen buiten de thema's die wij in deze kroniek reeds hebben opgesomd.

8.1 *Nieuwbouw basisschool*

In deze kwestie speelt ook een discussie over de rol van de projectmanager in het licht van zijn bevoegdheden,¹³⁰ wat we niet onbesproken willen laten. Arbiters wijzen op § 2 lid 6 UAV-GC:

“Personen die zijn aangewezen om de gemachtigde van de Opdrachtgever bij te staan, binden de Opdrachtgever in zoverre het tegendeel niet uitdrukkelijk en schriftelijk vooraf aan de Opdrachtnemer is meegedeeld. De vertegenwoordigingsbevoegdheid van deze personen strekt niet verder dan de bevoegdheid van de gemachtigde van de Opdrachtgever uit hoofde van lid 4.”

In lid 4 valt te lezen:

“De gemachtigde van de Opdrachtgever vertegenwoordigt de Opdrachtgever voorzover de bevoegdheid daartoe uitdrukkelijk en schriftelijk aan de Opdrachtnemer is meegedeeld.”

Arbiters oordelen in het licht hiervan dat projectmanager Hevo, als eerste aanspreekpunt, knopen mocht doorhakken, en dus vertegenwoordigingsbevoegd was. Dat Hevo in haar correspondentie aangaf “namens opdrachtgever” te communiceren, maakt dit niet anders.¹³¹ Dit brengt arbiters verderop in het vonnis bijvoorbeeld tot het oordeel dat kleine afwijkingen in de maatvoering niet kwalificeren als tekortkoming van ON, omdat Hevo heeft aangegeven dat zulke afwijkingen geen probleem zouden zijn.¹³²

Er kwam verder nog een vertraging aan de orde. Op grond van § 7 lid 1 UAV-GC is ON verplicht bij de uitvoering van de Overeenkomst de in de bij de Vraagspecificatie gevoegde annex opgenomen planning en de overeengekomen mijlpaaldata in acht te nemen. Ingevolge lid 2 legt hij – voor zover dat in het acceptatieplan is vastgelegd – een detailplanning ter Acceptatie aan de OG voor, die gebaseerd is op de planning. Overschrijdt ON een mijlpaaldatum, dan kan OG overeenkomstig § 36 UAV-GC in uitgangspunt een boete opleggen.

In dit geval wenste OG een boete op te leggen vanwege het te laat aanleveren van het DO/TO.¹³³ Hoewel partijen het er over eens zijn dat de mijlpaaldata niet zijn gehaald, verschillen partijen wel over de vraag vanaf welke datum de boete kan worden berekend. Het DO diende uiterlijk 5 februari 2016 gereed te zijn en het TO uiterlijk 22 april 2016. Echter, OG heeft tijdens de uitvoering aangegeven dat de boete met ingang van 22 september 2016 zou worden opgelegd. Daar kan zij niet meer op terugkomen. Ook oordelen arbiters dat de boete in redelijkheid niet kan doorlopen tot na de datum van oplevering.¹³⁴

126 Idem, r.o. 4.7.

127 RvA 3 april 2019, nr. 36.144.

128 Zie ter zake de gestelde vertraagde oplevering, alinea's 68-80.

129 RvA 3 april 2019, nr. 36.144, alinea's 67, 80-88.

130 RvA 29 augustus 2019, nr. 36.383.

131 Idem, alinea's 12-17.

132 Idem, alinea's 61 en 62.

133 Vgl. alinea 136 uit dit vonnis nr. 36.383.

134 Idem, alinea's 18-26.

8.2 Geheimhoudingsbeding UAV-GC

In § 40 lid 6 UAV-GC is het volgende geheimhoudingsbeding opgenomen:

“Informatie door of namens de ene partij aan de andere partij beschikbaar gesteld, mag door de ontvangende partij niet aan derden bekend worden gemaakt, behoudens uitdrukkelijke toestemming van de ander. Deze verplichting geldt niet voor informatie van de Opdrachtgever waarvan de bekendmaking aan gemachtigden of hulppersonen van de Opdrachtnemer noodzakelijk is voor de uitvoering van de Werkzaamheden. De verplichting geldt evenmin voor informatie die algemeen bekend of voor het publiek toegankelijk is of die bekend wordt zonder dat dit aan de ontvangende partij kan worden toegerekend.”

Deze bepaling speelde een rol in een 843a-procedure, ingesteld door de eigenaar van een kosterswoning.¹³⁵ Nabij deze woning zijn in opdracht van ProRail werkzaamheden aan het spoor verricht. Als gevolg hiervan is volgens eiser schade ontstaan aan de muren van de kosterswoning. Eiser heeft dit bij zowel ON als ProRail gemeld, en hen aansprakelijk gesteld. Beide partijen hebben aansprakelijkheid van de hand gewezen, en wijzen ter zake naar elkaar.¹³⁶ ON heeft een expertiserapport laten opstellen, dat ook in handen van ProRail is. Met het oog op het bepalen van zijn rechtspositie en het starten van een onrechtmatige daadsactie, heeft eiser ProRail om afgifte verzocht. ProRail weigert afgifte, onder meer het geheimhoudingsbeding uit § 40 lid 6 UAV-GC zou hieraan in de weg staan.¹³⁷ In de 843a-procedure vordert eiser afgifte van het rapport door ProRail.

De rechtbank oordeelt dat aan de inhoudelijke voorwaarden van art. 843a lid 1 Rv is voldaan,¹³⁸ zodat ProRail in beginsel tot afgifte van het rapport gehouden is. ProRail doet echter een beroep op de uitzondering van art. 843a lid 4 Rv, op grond waarvan afgifte alsnog achterwege kan blijven indien daarvoor gewichtige redenen bestaan, dan wel dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing gewaarborgd is. In het kader van de gewichtige redenen-uitzondering beroept ProRail zich op § 40 lid 6 UAV-GC.

De rechtbank gaat hier niet in mee: ProRail heeft in te algemene bewoordingen omschreven waarom geheimhouding voor haar van belang is. § 40 lid 6 UAV-GC is volgens de rechtbank heel algemeen en ProRail heeft onvoldoende onderbouwd waar in dit geval het specifieke belang voor haar ligt en waarom dat zwaarder zou moeten wegen dan

het belang van eiser bij het kennis nemen van de bevindingen van de deskundige. Daarbij overweegt de rechtbank dat, wanneer ProRail als gevolg van een toewijzend vonnis haar geheimhoudingsplicht jegens ON moet schenden, dit niet een belang is dat aan eiser kan worden tegengeworpen, nu laatstgenoemde geen partij bij die geheimhoudingsafpraak is.¹³⁹ Verder is de rechtbank van oordeel dat zonder verschaffing niet redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling is gewaarborgd.¹⁴⁰

Wel honoreert de rechtbank het verzoek van ProRail om bepaalde passages – die geen betrekking hebben op de door eiser gestelde schade en rechtsverhouding – van afgifte uit te sluiten. ProRail kan de betreffende passages eventueel weglakken.¹⁴¹ ProRail heeft nog aangegeven dat zij van een toewijzend vonnis zeker in hoger beroep zal komen, reden waarom zij zich verzet tegen het uitvoerbaar bij voorraad verklaren van het vonnis. De rechtbank gaat mee in dit verweer, in die zin dat de uitvoerbaarheid bij voorraad niet wordt uitgesproken. Wel geeft de rechtbank ProRail nadrukkelijk in overweging mee alsnog mee te werken aan verstrekking van het rapport, om tijd en geld te besparen.¹⁴² In hoeverre ProRail aan die oproep gehoor heeft gegeven, blijkt niet uit het vonnis. Wel is het zo dat tot op heden geen (eventueel) arrest tegen dit vonnis is gepubliceerd.

135 Rb. Midden-Nederland 20 november 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5543. Zie over het onnodig laat indienen van een 843a-vordering, het in voetnoot 2 aangehaalde vonnis van Rb. Rotterdam 30 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:1433.

136 Zie wat dat laatste betreft ook r.o. 2.13 van het vonnis.

137 Het vonnis gaat niet in op de toepasselijkheid van het Gele Boekje. In versies 003 t/m 006 wordt echter niet afgeweken van § 40 lid 6 UAV-GC (wel van § 40 leden 1 t/m 3 en 8).

138 Rb. Midden-Nederland 20 november 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5543, r.o. 2.3-2.7.

139 Idem, r.o. 2.12.

140 Idem, r.o. 2.13.

141 Idem, r.o. 2.14.

142 Idem, r.o. 2.16 en 2.17.