

Kroniek UAV-GC uitspraken 2021

BR 2022/64

1. Inleiding

Voor het vijfde jaar op rij brengen wij de kroniek UAV-GC uitspraken over het voorgaande jaar uit.² In deze kroniek bespreken wij zeventien arbitrale en civiele uitspraken die in 2021 zijn gepubliceerd. Zestien daarvan zijn ook in 2021 geweest. Wij bespreken deze uitspraken aan de hand van een aantal thema's, te weten: kenmerken UAV-GC, informatie (incl. bodemaspecten), Wijzigingen, termijnverlenging en vertraging, aanspraken op grond van § 44 UAV-GC, ontbinding en opzegging, oplevering en gebreken, en tot slot enkele varia. Enkele vonnissen komen bij meerdere thema's aan de orde. Binnen de thema's behandelen wij de vonnissen op chronologische volgorde. De eerste keer dat een vonnis aan de orde komt, wordt daarvan kort de casus geschetst.

Naar de begrippen Opdrachtgever en Opdrachtnemer verwijzen wij als OG en ON. Omdat de UAV-GC 2005 de enige versie van deze set algemene voorwaarden is die in de jurisprudentie in 2021 aan de orde is geweest, laten wij het jaartal 2005 in deze kroniek achterwege. Vorig jaar spraken wij de verwachting uit dat in 2021 een herziene versie van de UAV-GC zou verschijnen. Die verwachting is niet uitgekomen. Of en wanneer die herziene versie wordt gepubliceerd, is op het moment van schrijven van deze kroniek onbekend. Dat wil niet zeggen dat 'de markt' niet in beweging is. Uiteenlopende initiatieven worden ontplooid op het gebied van bijvoorbeeld tweefasencontracten en de toekomst van het Nederlandse bouwcontractenrecht. Hoe relevant en nieuwswaardig zulke initiatieven ook mogen zijn, ze gaan het bestek van deze kroniek te buiten. Hieraan zal dus verder geen aandacht worden besteed.

2. Kenmerken UAV-GC

Ten opzichte van een 'klassieke' aannemingsovereenkomst kenmerkt een UAV-GC contract zich, in ieder geval op papier, door een andere rolverdeling. ON voert zijn werkzaamheden zelfstandig uit onder een systeem van kwaliteitsborging, terwijl OG meer 'achteroverleunt' en zich beperkt tot Toetsing, Acceptatie en betaling. De praktijk leert weleens anders.³ De overeengekomen rolverdeling wordt niet altijd onderkend of gerespecteerd. In 2021 zijn twee uitspraken gepubliceerd die aan deze casuïstiek kunnen worden gerefereerd.

Inrichting jachthaven

ON heeft uitvoering gegeven aan de opdracht betreffende het ontwerpen en installeren van drijvende steigers en vingerpielen en het ontwerp en de realisatie van flexibele loopbruggen in een jachthaven.⁴ Het werk is opgeleverd en er is een onderhoudstermijn overeengekomen van 12 maanden.⁵ Zo'n half jaar na de oplevering meldt OG aan ON dat schade is ontstaan aan één van de vingerpielen en een deel van de steigers. Door een grote zuigende werking op het water in de haven vanwege twee passerende vrachtschepen zijn twee aangemeerde schepen tegen de vingerpier getrokken waarbij een bolder is gebroken en is geconstateerd dat onderdelen van de constructie zijn gebroken/losgeraakt/vervormd. Naar de oorzaak van de schade aan de steigers wordt nog aanvullend onderzoek gedaan, aldus OG.⁶ Enkele maanden daarna blijkt na controle van de loopbrug dat ook het risico op schade daaraan zeer groot is, waarbij is geadviseerd de loopbrug te demonteren. ON voldoet niet aan herstelsommaties waarna OG de loopbrug door een derde laat demonteren.⁷

OG houdt ON op grond van § 27 leden 3 en 5 UAV-GC aansprakelijk voor de schade aan de vingerpielen, de langsteigers en de loopbrug en de kosten van demontage en herstel daarvan, alsmede de onderzoekskosten. In die paragraaf is bepaald dat ON gehouden is gebreken die in de onderhoudstermijn aan de dag treden, te herstellen, met uitzondering van gebreken waarvan de OG op grond van de overeenkomst verantwoordelijk of aansprakelijk is. Arbiters overwegen daarbij dat ON op grond van § 4 lid 9 UAV-GC verantwoordelijk is voor elk gebrek in het werk dat niet krachtens de wet, overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen aan OG kan worden toegerekend.⁸ ON slaagt er niet in om aan te tonen dat het gebrek aan OG is toe te rekenen. Uit overlegde rapportages blijkt dat de vingerpielen onvoldoende sterk zijn om de in de Vraagspecificatie vereiste bolder-/stortbelasting van 30 kN (3.000 kg) af te voeren naar de langsteigers.

Arbiters zijn van oordeel dat de constructie van de vingerpielen en langsteigers gebrekkig was.⁹ OG heeft weliswaar ingestemd dat ON in afwijking van de Vraagspecificatie geen boxpalen zou toepassen op de kop van de vingerpielen, maar daarbij is overeengekomen dat ON de boxpalen alsnog op eigen kosten zou aanbrengen als dit binnen een periode van twee vaarseizoenen noodzakelijk zou blijken vanwege veiligheid en stabiliteit.¹⁰ Ook is nog overwogen dat Toetsing en Acceptatie onder een UAV-GC contract in

1 De auteurs zijn allen advocaat bij Infense advocaten te Deventer.

2 Zie voor de vorige kronieken BR 2018/17, BR 2019/18, BR 2020/24, en BR 2021/28.

3 In eerdere kronieken hebben wij jurisprudentie besproken waarbij – met name – arbiters maatwerk boden wanneer partijen zich niet aan de overeengekomen rolverdeling conform de UAV-GC gedroegen, met name bij een intensieve bemoeienis door OG.

4 RvA 23 september 2021, nr. 36.997, alinea 5 sub b.

5 RvA 23 september 2021, nr. 36.997, alinea 5 sub j en k.

6 RvA 23 september 2021, nr. 36.997, alinea 5 sub l en m.

7 RvA 23 september 2021, nr. 36.997, alinea 5 sub r-u.

8 RvA 23 september 2021, nr. 36.997, alinea 18.

9 RvA 23 september 2021, nr. 36.997, alinea's 19-21.

10 RvA 23 september 2021, nr. 36.997, alinea 24.

beginsel niet leiden tot het overgaan van de (ontwerp)verantwoordelijkheid van ON op OG.¹¹ ON wordt veroordeeld om de herstel- en onderzoekskosten aan OG te vergoeden.

Fietsbrug Almere

Dit geschil draait om de aanbestede overeenkomst inzake een nieuwe fiets- en voetgangersbrug in Almere met een plafondbedrag van € 4 miljoen.¹² ON diende op grond van de aanbestedingsstukken, de Vraagspecificatie product en de Vraagspecificatie proces en met toepassing van systeemgerichte contractbeheersing zijn Ontwerp- en Uitvoeringswerkzaamheden te verrichten. Tussen partijen rijzen geschilpunten over informatieverstrekking, gestelde Wijzigingen, en vertraging. ON vordert circa € 2 miljoen aan VTW's en 'kosten', maar trekt ten aanzien van al zijn vorderingen aan het kortste eind.

De rechter behandelt eerst een aspect dat geen directe relatie lijkt te hebben met de vorderingen, maar niettemin voor deze kroniek relevant is. ON verwijt OG buiten de kaders van zijn rol van UAV-GC OG te zijn getreden door zich intensief met de Ontwerpwerkzaamheden te bemoeien. Dat verwijt faalt. Uit artikel 1.2 Vraagspecificatie Proces volgt dat de OG van plan was om in de ontwerpfasen intensief te toetsen. Dat het DO tot twee keer toe is afgekeurd, valt binnen de kaders van die rol. Verder is ON eigener beweging en bij wijze van tussenstap overgegaan op het indienen van een uitgangspuntennota. Die is vijfmaal afgewezen omdat de uitgangspunten niet voldeden aan de eisen uit de Vraagspecificatie. Ook die bemoeienis valt binnen de kaders van de rolverdeling. ON heeft immers zelf voor die nota gekozen, zodat hij OG dan niet kan verwijten dat deze de nota afkeurt vanwege strijd met de contractuele uitgangspunten, dit mede gezien vanuit de overeengekomen intensieve toetsing.¹³

Een tweede element dat hier opmerking verdient, is dat de rechtbank vooropstelt dat uit de D&C-aard van de overeenkomst en § 4 lid 1 UAV-GC volgt dat niet zonder meer wijzigingen in de eisen kunnen worden aangebracht.¹⁴

3. Informatie (incl. bodemaspecten)

Informatieverplichtingen van OG blijven een bron van discussie, en daarmee jurisprudentie. Ter inleiding schetsen wij eerst de systematiek. § 4 lid 1 UAV-GC bepaalt dat ON verplicht is de Werkzaamheden zo te verrichten dat het Werk op de in de Basisovereenkomst vastgestelde datum van oplevering voldoet aan de uit de Overeenkomst voortvloeiende eisen. Echter, ON is niet altijd tot een absolute resultaatsverplichting gehouden omdat hij niet in alle gevallen volledige vrijheid heeft het Werk te realiseren zonder

actieve betrokkenheid van OG.¹⁵ Voorbeelden zijn de informatieverstrekking van OG en § 14 Wijzigingen. In het niet of onjuist verstrekken van informatie kan grond gelegen zijn de hiervoor centraal gestelde verantwoordelijkheid van ON uit hoofde van § 4 UAV-GC te begrenzen.

Op grond van § 3 lid 1 onder a UAV-GC dient OG die informatie te verstrekken waarover hij beschikt en waarvan de verstrekking door OG 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 en/of draagt OG verantwoordelijkheid, dan kan ON op de voet van § 44 lid 1 sub b UAV-GC aanspraak maken op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging,¹⁶ onder de overigens gestelde voorwaarden en behoudens de schending van een eventuele waarschuwingsplicht als bedoeld in § 4 lid 7 UAV-GC. Ook zou het kunnen leiden tot het opdragen van een (§ 14) Wijziging.

Ten aanzien van de bodemaspecten is ook § 13 UAV-GC van belang, op grond waarvan ON verantwoordelijkheid draagt voor de afstemming van de Werkzaamheden op de bodemgesteldheid. Hij is daarvoor in beginsel ook aansprakelijk, tenzij hij aantoont dat hij afdoende voorzorgsmaatregelen heeft genomen. ON is niet aansprakelijk voor (de gevolgen van) verontreiniging, met als gevolg dat hij een § 44 lid 1 sub a UAV-GC aanspraak heeft voor de met de aangetroffen verontreiniging samenhangende gevolgen. Dit lijkt uitzondering indien ON op of voor het moment van totstandkoming van de Overeenkomst op de hoogte was of behoorde te zijn van die verontreiniging.

Bodem gasfabriek

ON moest een cultuurgebouw, openbare parkeergarage en openbaar gebied ontwerpen en realiseren op het terrein van (o.a.) een voormalige gasfabriek.¹⁷ Tijdens de uitvoering openbaren zich veel meer verontreinigingen en obstakels dan kenbaar waren uit de door OG verstrekte informatie. Er worden bijvoorbeeld – in plaats van puin – complete bouwdeelen aangetroffen. Ook blijken veel meer milieu-hygiënische verontreiniging en asbest aanwezig dan op grond van de verstrekte informatie was ingeschat.

Partijen waren een aantal afwijkingen ten opzichte van de UAV-GC overeengekomen, in welk verband § 3 lid 2 UAV-GC was vervangen door een alternatieve tekst. Op grond daarvan blijft OG weliswaar verantwoordelijk voor alle door OG ter beschikking gestelde informatie, maar werd toegevoegd dat (1) OG niet instaat voor de volledigheid van de gegevens en informatie, en ON zelf diende te beoordelen of hetgeen werd verschaft voldoende volledig is, (2) ON in de

11 RvA 23 september 2021, nr. 36.997, alinea 16.

12 Rb. Midden-Nederland 15 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6065.

13 Rb. Midden-Nederland 15 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6065, r.o. 3.6-3.9.

14 Rb. Midden-Nederland 15 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6065, r.o. 3.5.

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

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

17 RvA 8 februari 2021, zaak nr. 72.210.

gelegenheid werd gesteld om zelf nader onderzoek te verrichten, (3) ON zelf voor diens risico diende te beoordelen of (in verschaft onderzoek opgenomen) interpretaties juist zijn en (4) als de werkelijke hoeveelheid asbest tegenvalt ten opzichte van de prognose in de verschaft informatie dit voor rekening van ON komt.¹⁸ Daarnaast bepaalt artikel 8.1 van de Basisovereenkomst dat (1) ON vrijkomende materialen en afvalstoffen af dient te voeren conform Annex V, (2) OG geen uitputtend overzicht van die materialen en stoffen heeft opgesteld en (3) “de ON geen recht heeft op een kostenvergoeding en/of termijnverlenging vanwege de aanwezigheid, verwijdering, afvoer en/of deponering van materialen en/of afvalstoffen, ongeacht of hij daarvan op de hoogte kon zijn, behoudens indien de Opdrachtgever hiervoor op de voet van het bepaalde in paragraaf 3 lid 2 UAV-GC 2005 aansprakelijk is”.¹⁹ Het laatstgenoemde wordt overigens nog twee keer herhaald in Annex V.²⁰

Arbiters in eerste aanleg oordeelden op grond van het voorgaande dat de verantwoordelijkheid van OG voor de ter beschikking gestelde informatie in dit geval uitdrukkelijk beperkt is tot informatie die onjuist zou zijn. Van die verantwoordelijkheid is uitgesloten dat die informatie onvolledig zou zijn. Arbiters achten deze beperking niet onjuist. Volgens arbiters brengt een redelijke uitleg van de gebruikte begrippen “juistheid” en “feitelijke onjuistheden” wel mee dat in geval de verstrekte informatie de indruk wekt of redelijkerwijs heeft mogen wekken dat deze op één of meer onderdelen wel volledig is, terwijl dat feitelijk niet het geval is, de informatie dan ook onder het begrip onjuist valt. Dit kan aanleiding geven tot kostenvergoeding en/of termijnverlenging.²¹ Er zou - in onze woorden - dan primair sprake zijn van onjuiste informatie (en niet enkel van onvolledige informatie). Dit uitgangspunt - dat de informatie dan onjuist is - wordt in hoger beroep niet ter discussie gesteld. Het fungeert in hoger beroep als toetskader.²² Hoewel dat het kader van deze kroniek te buiten gaat, wordt opgemerkt dat de consultatieversie van de herziening UAV-GC in § 3 lid 2 ook uitgaat van “juistheid”. Onderhavige zaak zou daarom mogelijk relevantie kunnen hebben voor de uitleg van de komende versie van de UAV-GC.

Appelarbiter stellen vast dat door de contractuele wijzigingen ten opzichte van de UAV-GC regeling weliswaar een onevenwichtige risicoverdeling tot stand is gekomen, maar dat ON daarmee wel uitdrukkelijk heeft ingestemd. Zij oordelen daarom dat slechts in die gevallen dat sprake is van (de gewekte indruk van) onjuiste door OG verstrekte informatie, de gevolgen voor rekening van OG komen.²³ In de toets per onderdeel komen zij telkens tot de slotsom dat er geen sprake is van verstrekking van onjuiste informatie, maar van onvolledige informatie en/of achteraf

onjuist gebleken interpretaties, waarvoor ON het risico op zich heeft genomen. Appelarbiter wegens daarbij mee, dat het op grond van de overeenkomst aan ON was om informatie te vergaren²⁴ en onderzoek te doen, dat OG daartoe de mogelijkheid heeft geboden, maar dat ON daarvan (deels) welbewust geen (volledig) gebruik heeft gemaakt.²⁵

Appelarbiter verwerpen de stelling van ON dat met artikel 8.1 Basisovereenkomst niet zou zijn afgeweken van paragrafen 13 lid 5 en 13 lid 6 UAV-GC, omdat de Basisovereenkomst prevaleert boven de UAV-GC. ON beroept zich er daarbij op dat niet “uitdrukkelijk” is afgeweken van de UAV-GC, onder verwijzing naar jurisprudentie onder de UAV. Appelarbiter wijzen erop dat het uitdrukkelijksvereiste in de UAV-GC ontbreekt, en dat de betreffende jurisprudentie onder de UAV daarom relevantie ontbeert.²⁶

Poelkikker

ON ontving opdracht van OG voor het ontwerp en de uitvoering van een nieuw aan te leggen en te ontwikkelen sanitatieproject, alsmede het bouw- en woonrijp maken.²⁷ Oplevering van het Werk was overeengekomen op 1 maart 2018. Na gunning bleek dat voor de uitvoering nog een ontheffing ingevolge de Wet Natuurbescherming verleend diende te worden in verband met de aanwezigheid van poelkikkers. Dit maakte de tijdige oplevering van het Werk op 1 maart 2018 onmogelijk. ON stelt te hebben gedwaald aangezien mocht worden verondersteld dat OG al over een ontheffing ingevolge de Wet Natuurbescherming beschikte. ON maakt aanspraak op wijziging van de opdracht, bestaande uit opheffing van het ondervonden nadeel dat is begroot op de extra kosten gemaakt om - alsnog, zij het niet-tijdig - tot oplevering te komen.

De rechtbank doet de zaak af op dwaling en behandelt niet § 9 en 10 UAV-GC inzake de verplichtingen van OG en ON met betrekking tot - kort gezegd - vergunningen en ontheffingen. De rechtbank overweegt dat ON heeft gedwaald.²⁸ Gemeld is dat OG voorafgaand aan de aanbesteding werkzaamheden heeft uitgevoerd waarvoor, zo mocht worden aangenomen, een ontheffing vereist was.²⁹ Verder heeft OG in de eerste Nota van Inlichtingen verklaard dat er voor OG geen vergunningen of ontheffingen verkregen hoeven te worden en schreef OG al compenserende maatregelen voor in verband met de aanwezigheid van de poelkikker. ON mocht er zodoende op rekenen dat het Werk zonder aanvullende werkzaamheden en kosten uitvoerbaar was. Het verweer van OG dat ON expliciet het risico in verband met flora en fauna had geaccepteerd, wordt gepasseerd: ON mocht immers aannemen dat de aanwezigheid van de poelkikker geen risico (meer) zou opleveren. Hoewel ON bleek

18 RvA 8 februari 2021, zaak nr. 72.210, r.o. 18 g.

19 RvA 8 februari 2021, zaak nr. 72.210, r.o. 18 e.

20 RvA 8 februari 2021, zaak nr. 72.210, r.o. 18 F onder 1.4 en 2.7.

21 RvA 8 februari 2021, zaak nr. 72.210, r.o. 20.

22 RvA 8 februari 2021, zaak nr. 72.210, r.o. 25.

23 RvA 8 februari 2021, zaak nr. 72.210, r.o. 24 en 25.

24 RvA 8 februari 2021, zaak nr. 72.210, r.o. 87 en 91, waarin appelarbiter bevestigen dat § 3 lid 1 meebrengt dat ON zelf informatie moet vergaren.

25 RvA 8 februari 2021, zaak nr. 72.210, bijvoorbeeld r.o. 50 en 55, 69

26 RvA 8 februari 2021, zaak nr. 72.210, r.o. 73.

27 Rb. Noord-Nederland 9 juni 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:2441.

28 Rb. Noord-Nederland 9 juni 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:2441, r.o. 5.3.1.

29 Rb. Noord-Nederland 9 juni 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:2441, r.o. 5.3.2.

te hebben gedwaald, oordeelt de rechtbank dat ON niet in staat bleek het causale verband aan te tonen tussen de dwaling aan de ene kant en de gevorderde kosten alsmede de noodzaak om deze te maken, aan de andere kant. Dit zo zijnde is het onmogelijk om vast te stellen hoe de overeenkomst zou hebben geluid als ON niet had gedwaald.³⁰ Om dezelfde reden wordt subsidiaire (§ 3 en § 44 UAV-GC) en meer subsidiaire grondslag (art. 6:248 BW) gepasseerd.³¹

Boekelosebrug

In de zaak over 'de Boekelosebrug' speelt het thema van de verantwoordelijkheid voor informatie, specifiek op het punt van de kenbaarheid van een verontreinigingssituatie.³² In geschil is het project 'Vervanging Boekelosebrug en aanleg Laan Hart van Zuid', dat werd gerealiseerd door Dura Vermeer (ON), in opdracht van de gemeente Hengelo (OG). ON wordt geconfronteerd met een – volgens ON – onverwachte saneringsopgave die op grond van § 13 lid 4 en 5 UAV-GC voor rekening en risico van OG moet komen. Arbiters volgen ON hierin ten dele, namelijk alleen ten aanzien van het terrein dat OG bouwrijp ter beschikking zou stellen. Arbiters oordelen dat, hoewel aan ON moet worden toegegeven dat OG dit beter en duidelijker had kunnen omschrijven, op basis van de bij de aanbesteding verstrekte informatie voor ON duidelijk had moeten zijn dat het bouwrijp ter beschikking te stellen terrein zich tot een specifiek terrein(deel) zou beperken.³³ Ten aanzien van de overige te bebouwen terreinen oordelen arbiters anders. Hier had ON er niet van uit mogen gaan dat de terreinen bouwrijp ter beschikking werden gesteld.³⁴ Op basis van een bij de aanbesteding door OG ter beschikking gesteld en aansluitend in nota's van inlichtingen besproken bodemrapport, volgt volgens arbiters onomstotelijk de verontreiniging in de overige terreinen.³⁵ In zoverre had ON de verontreiniging dus behoren te kennen, voordat de overeenkomst tot stand kwam, zodat ON in zoverre aanspraken ontbeert, conform § 13 lid 6 UAV-GC.

Fietsbrug Almere

In het kader van de informatieverstrekking speelt een discussie over de bodemopbouw. ON vordert circa € 320.000 voor het uitvoeren van aanvullende sonderingen en het toepassen van verticale drainage. ON stelt zijn Aanbieding te hebben gebaseerd op tijdens de aanbestedingsprocedure verstrekte bodemonderzoeken, waarna tijdens de uitvoering aanvullende sonderingen werden uitgevoerd die een negatiever beeld lieten zien.³⁶ Het beroep op §§ 3 lid 2, 14, en 44 lid 1 sub b UAV-GC faalt echter. Dat de aanvullende sonderingen een wat ander beeld lieten zien, is volgens de rechtbank niet onbegrijpelijk. Uit de Aanbieding bleek al

dat ON er bij inschrijving mee bekend was dat de grondopbouw in de omgeving van Almere varieert en dat hij daar rekening mee moest houden. Het was hem op basis van de aanbestedingsstukken ook bekend dat hij de verstrekte bodeminformatie mogelijk zelf moest aanvullen en aanvullende sonderingen moest laten uitvoeren om de maakbaarheid en haalbaarheid van het ontwerp aan te kunnen tonen. Hiermee had ON rekening moeten houden en een marge in de kosten en tijdsplanning moeten inbouwen.³⁷

4. (Souplesse bij) Wijzigingen

De UAV-GC bevatten in – met name – § 14 en 15 UAV-GC een uitgebreide regeling over de procedure die bij Wijzigingen gevolgd dient te worden. In eerdere jaren constateerden wij dat geschilbeslechtsers 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.³⁸ Voorbeelden van de souplesse bij § 14 Wijzigingen die in het voordeel uitvallen van ON, troffen wij in 2021 niet in de UAV-GC jurisprudentie aan. In de vorig jaar gepubliceerde jurisprudentie wordt relatief strak de hand gehouden aan § 14. En net als vorig jaar is de nodige aandacht voor § 15 Wijzigingen.³⁹ Wijzigingen die aan de orde (behoren te) komen, onder meer indien sprake is van een noodzakelijke aanpassing ten gevolge van een fout van ON of risico dat tot de verantwoordelijkheidssfeer van ON behoort.⁴⁰ Indien ON bijvoorbeeld moet gaan afwijken van zijn Aanbieding vanwege een omstandigheid die niet aan OG kan worden toegerekend, zal ON het initiatief moeten nemen tot een § 15 Wijziging, waarbij ON geen aanspraak op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging kan doen gelden.⁴¹

RWZI Den Bosch

OG heeft ON opgedragen om een ontwerp op te stellen, en vervolgens het ontwerp uit te voeren van een uitbreiding en renovatie van een RWZI.⁴² De ontwerpwerkzaamheden bestonden uit het opstellen van een voorlopig ontwerp (VO) en een definitief ontwerp (DO) op basis van de Vraagspecificatie (VS). Het VO maakte deel uit van de aanbieding van ON, en is door ON opgesteld op basis van de VS.⁴³ Het VO is daarmee onderdeel geworden van de eisen van de Overeenkomst.⁴⁴

ON stelde een VO op met gebruikmaking van een innovatieve, en naar eigen zeggen: beproefde, technologie.⁴⁵

30 Rb. Noord-Nederland 9 juni 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:2441, r.o. 5.5 e.v.
 31 Rb. Noord-Nederland 9 juni 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:2441, r.o. 5.7 en 5.8.
 32 RvA 1 december 2021, zaak nr. 36.888. Deze (persoons)gegevens volgen niet uit het vonnis, maar uit mediaberichten.
 33 RvA 1 december 2021, zaak nr. 36.888, alinea's 21-28.
 34 RvA 1 december 2021, zaak nr. 36.888, alinea 79.
 35 RvA 1 december 2021, zaak nr. 36.888, alinea's 79-82.
 36 Rb. Midden-Nederland 15 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6065, r.o. 3.24.

37 Rb. Midden-Nederland 15 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6065, r.o. 3.26-3.29. Deze uitspraak lijkt in lijn met Hof Arnhem-Leeuwarden 19 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1548, besproken in § 2.1 Kroniek UAV-GC uitspraken 2019, BR 2020/24.
 38 Zie Kroniek UAV-GC 2005 uitspraken 2017, BR 2018/17 onder I en Kroniek UAV-GC 2005 uitspraken 2018 onder III, BR 2019/18.
 39 Zie Kroniek UAV-GC uitspraken 2020, BR 2021/28 onder 4.
 40 Zie ook de Toelichting bij UAV-GC, p. 62.
 41 Toelichting bij UAV-GC, p. 64.
 42 Hof 's Hertogenbosch 4 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1359, r.o. 3.6 en 5.10.
 43 Hof 's Hertogenbosch 4 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1359, r.o. 5.11.
 44 Vgl. RvA 30 december 2014, nr. 71.932, alinea 69.
 45 Hof 's Hertogenbosch 4 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1359, r.o. 5.13.

ON heeft deze technologie in het bijzonder ook bij OG aangeprezen. Tot Acceptatie van het DO is het niet gekomen, aangezien ON er niet in slaagde om aan te tonen dat de aangeboden technologie beproefd was en het gebruik daarvan zou leiden tot een RWZI die conform de daaraan gestelde effluent-eisen zou gaan functioneren. ON bevestigde dit ook aan OG, en stelde daarbij dat nakoming daarmee blijvend onmogelijk zou zijn.

In overleg tussen OG en ON is met de inzet van een derde adviseur een alternatief DO opgesteld dat uitvoerbaar was en voldeed aan de gestelde eisen, zij het dat de uitvoering daarvan veel kostbaarder zou zijn dan het oorspronkelijke DO. Over de voorwaarden van de realisatie van het alternatieve DO zijn OG en ON niet tot overeenstemming gekomen. OG heeft vervolgens ON in kort geding gedagvaard en vorderde ON te gebieden tot uitvoering van het alternatieve DO over te gaan tegen betaling van de oorspronkelijke aanneemsom. Daarbij vorderde OG tevens ON te gebieden om, indien en voor zover nodig om tot uitvoering te komen, gebruik te maken van zijn bevoegdheid bedoeld in § 15 UAV-GC om, met inachtneming van § 15 UAV-GC, Wijzigingen door te voeren.

Vorig jaar stonden wij in deze kroniek stil bij het vonnis in eerste aanleg.⁴⁶ In dat vonnis werd OG in het gelijk gesteld onder meer op het punt dat ON op grond van § 15 UAV-GC. Het verweer van ON dat zij op grond van § 15 niet gehouden kon worden wijzigingen door te voeren, werd gepasseerd. Dit wordt in hoger beroep bekrachtigd. Het hof overweegt dat het aan ON is om de RWZI zo aan te passen dat deze na de Uitvoeringswerkzaamheden voldoet aan de daaraan gestelde, en tussen partijen overeengekomen, eisen.⁴⁷ ON was immers verantwoordelijk voor het gebrek. Tussen ON en OG staat vast dat met het alternatieve DB 2.0 wel aan de effluent-eisen zou worden voldaan. ON presenteerde ook niet op eigen initiatief een ander ontwerp dat ook aan de gestelde eisen zou voldoen.

Bij die stand van zaken en indachtig het feit dat de overeengekomen datum van oplevering al geruime tijd was overschreden en bovendien ON het gebrek diende te herstellen, oordeelt het hof dat ON verplicht is om het Werk op basis van het alternatieve DB 2.0 uit te voeren.⁴⁸ Daaraan voegt het hof toe dat, voor zover met het oog op de uitvoering van het Werk wijziging van de basisovereenkomst en/of overige documenten noodzakelijk is, van ON kan worden verlangd dat gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheden van ON als bedoeld in § 15 UAV-GC.⁴⁹

Dijkverstevigingsproject KIS

De zaak betreft een dijkverstevigingsproject van het Waterschap Rivierenland (OG), gericht op de versterking van 10 kilometer primaire waterkering langs de Lek, tussen

Kinderdijk en Schoonhovenseveen (Project KIS).⁵⁰ Het Werk is aangenomen door Mourik Infra (ON) tegen een aanneemsom van € 59.436.000. Op twee onderdelen gaat de uitspraak over de vraag of sprake is van een Wijziging in de zin van § 14 lid 1 UAV-GC.

Het eerste betreft de uitgangspunten die ON volgens de Overeenkomst diende aan te houden voor de ontwerpberekeningen ten aanzien van de diepwanden. Volgens ON mocht hij uitgaan van bepaalde voorbeeldberekeningen en van een referentieontwerp. Beide waren bij aanbesteding door OG verstrekt. Volgens OG dienden echter andere rekenregels te worden aangehouden en had dit voor ON bij de aanbesteding duidelijk moeten zijn. De rechtbank volgt OG, omdat deze verplichting herleid kan worden tot bijlagen die bij de aanbestedingsstukken waren gevoegd. Ook andere inschrijvers hebben dat tijdens de aanbesteding zo begrepen. En ON heeft het volgens de rechtbank naderhand ook erkend. Dat ON de voorbeeldberekeningen en het referentieontwerp tot uitgangspunt mocht nemen, is daarmee onvoldoende komen vast te staan.

Het tweede betreft de aan te brengen steenbekleding. Volgens ON stelt OG ten onrechte dat een bepaald dwarsprofiel dwingend is voorgeschreven en heeft OG het ontwerp om die reden ten onrechte geweigerd. De noodzakelijke aanpassingen vormen volgens ON een Wijziging. Ook hierin wordt ON niet gevolgd. De rechtbank stelt voorop dat de Overeenkomst naar objectieve maatstaven moet worden uitgelegd, in beginsel op basis van de tekst, gelezen in het licht van de gehele van de Overeenkomst. Een norm die gebruikelijk is bij de uitleg van aanbestede overeenkomsten. Op basis hiervan stelt de rechtbank vast dat bij dit Werk slechts ten dele ontwerp vrijheid voor ON bestond. Voor een deel was het ontwerp door OG bindend voorgeschreven. En uit de stukken blijkt dat de steenbekleding dwingend was voorgeschreven. Daarom mocht OG het ontwerp weigeren en aanpassing verlangen.

Fietsbrug Almere

In deze zaak spelen ook enkele VTW-kwesties. De rechtbank legt deze discussies strikt langs de lat van §§ 14, 15 en 45 UAV-GC. Daar waar wij in eerdere kronieken nog wel eens enige souplesse opmerkten – met name in de arbitrale jurisprudentie – wordt in dit vonnis de vinger strak langs de lat van de betreffende paragrafen uit de UAV-GC gelegd. De rechtbank stelt voorop dat uit de D&C-aard van de overeenkomst en § 4 lid 1 UAV-GC volgt dat niet zonder meer wijzigingen in de eisen kunnen worden aangebracht.⁵¹ In het verlengde daarvan ligt dat in het stelsel van § 14 en § 45 UAV-GC een balans is aangebracht tussen de professionele OG en de professionele ON. De rechtbank spitst die balans expliciet toe op § 14 lid 3 Wijzigingen: ook bij dergelijke impliciete Wijzigingen dient de ON duidelijk te maken

46 Kroniek UAV-GC uitspraken 2020, BR 2021/28, § 4.2.

47 Hof 's Hertogenbosch 4 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1359, r.o. 5.19.

48 Hof 's Hertogenbosch 4 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1359, r.o. 5.21.

49 Hof 's Hertogenbosch 4 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1359, r.o. 5.22.

50 Rb. Gelderland 25 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6300.

51 Rb. Midden-Nederland 15 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6065, r.o. 3.5.

welke gevolgen in tijd en geld er zijn te verwachten (vgl. § 45 lid 2 UAV-GC). In dit geval is de rechtbank niets gebleken van dergelijke waarschuwingen.⁵²

De eerste VTW-discussie betreft het verlagen van de brug met als doel het fietscomfort te vergroten. Via VTW-001 zijn partijen een Wijziging overeengekomen over de systeemgrenzen en de locatie van de tussenplateaus van de brug. VTW-006 en VTW-007 liggen in het verlengde hiervan. VTW-006 betreft het aanpassen van het alignement en een wijziging van de aanrijdbelasting. VTW-007 betreft de toepassing van de aanvaarbepaling. Volgens ON is hem opgedragen om de brug te verlagen, terwijl OG stelt dat dit een eigen keuze van ON betrof.⁵³

De rechtbank oordeelt dat ON onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van een § 14 Wijziging. De daartoe strekkende opdracht blijkt niet uit de overlegde e-mailcorrespondentie. De (niet nader onderbouwde) stelling dat ON in bijeenkomsten heeft aangedrongen op wijziging van de Aanbieding, maakt dit niet anders. Zelfs als dit aandringen wordt aangenomen, dan volgt daaruit nog niet dat de OG ook heeft ingestemd met een Wijziging waaraan op dat moment nog onbekende consequenties in tijd en geld waren verbonden. Voor de rechtbank staat voorop “dat in een contractuele verhouding als de onderhavige, tussen twee professionele partijen en na het volgen van een aanbestedingsprocedure, de contractueel vastgelegde systematiek voor het maken van aanpassingen aan de Overeenkomst moet worden gevolgd”.⁵⁴ Slotsom is dat ten aanzien van VTW-001 sprake is van een § 15 UAV-GC, waardoor ON geen aanspraak kan maken op kostenvergoeding of termijnverlenging.⁵⁵ Omdat VTW-006 en VTW-007 uit VTW-001 voortvloeien, worden de met die VTW's samenhangende vorderingen ook afgewezen.⁵⁶

In dat laatste verband verwerpt de rechtbank een beroep op § 10 lid 6 en 11 lid 3 UAV-GC. Aangezien § 10 lid 6 de OG de mogelijkheid – en niet de verplichting – toekent om onder andere een Wijziging op te dragen als de vergunningen niet tijdig zijn verleend, kan ON daaraan geen rechten ontleen. Het beroep op § 11 lid 3 UAV-GC gaat evenmin op. De relevante wettelijke voorschriften zelf zijn in dit geval namelijk niet gewijzigd. Hoewel over bepaalde daarin vervatte exacte waardes mogelijk verschil van inzicht kon bestaan, bleek uit de systematiek van die voorschriften dat het bevoegd gezag in het kader van de vergunningverlening dan de doorslag zou geven. ON heeft niet geageerd tegen de

vergunningvoorwaarden, terwijl van een aanpassing na gunning niet is gebleken.⁵⁷

Een andere VTW-discussie ziet op de functionele eisen die aan de spiltrap worden gesteld, met name aan het comfort (de stalen trap trilt als eroverheen wordt gelopen). ON stelt dat OG de spiltrap en de brug ten onrechte als één geheel beschouwt en dat in eis SES-00172 geen eisen zijn gesteld aan de comfortklasse van de trap. De rechtbank volgt evenwel het verweer van de OG. Dat komt erop neer dat de brug en de trap wel degelijk als één geheel moeten worden beschouwd omdat dit volgt uit de Vraagspecificatie, met name uit de daarin opgenomen objectenboom. Daarom zijn de comforteisen zoals die voor de brug gelden, ook van toepassing op de spiltrap. Dat OG ON heeft gehouden aan de eisen die (ook) voor de brug gelden, impliceert dus geen Wijziging in de zin van § 14 UAV-GC.⁵⁸

5. Termijnverlenging/vertraging

Vertraging en (het beroep op) termijnverlenging speelden ook het afgelopen jaar een belangrijke rol in de jurisprudentie. Interessant daarbij is dat daarbij de discussie over parallelle vertraging c.q. *concurrent delay* aan de orde kwam.

Het Onderwijs- en Cultuurcentrum

In een vonnis van 29 juli 2021 oordelen arbiters over vertraging in de realisatie en oplevering van een onderwijs- en cultuurcentrum.⁵⁹ Dat vertraging is ontstaan, staat niet ter discussie. Wel is in discussie of ON aanspraak heeft op termijnverlenging. ON voert daarvoor 5 gebeurtenissen aan: (1) het verlaat aanleveren van door OG te verstrekken ruimteboeken, (2) een Wijziging, inhoudende dat ON de ruimteboeken moet controleren, in plaats van OG, (3) extra werk, als gevolg van het terugdraaien van eerder mondeling gegeven opdrachten, (4) extra werk, als gevolg van wijzigingen van de ruimteboeken en (5) het verwerken van nader ingekomen opmerkingen op het ontwerp. Vervolgens betoogt ON dat deze gebeurtenissen tot vertraging in de afronding van het Uitvoeringsgereed Ontwerp (UO) hebben geleid en dat zo'n vertraging per definitie leidt tot vertraging op het kritieke pad van de planning.

Arbiters stellen voorop dat aanpassingen in (het ontwerp van) het Werk die noodzakelijk worden door een aan OG toe te rekenen omstandigheid, volgens § 14 lid 3 UAV-GC worden geacht een door OG opgedragen Wijziging te zijn. In die sleutel plaatsen arbiters de vijf door ON aangevoerde gebeurtenissen. En ten aanzien van ieder van die gebeurtenissen oordelen arbiters dat van een aan OG toe te rekenen omstandigheid sprake is.⁶⁰

52 Rb. Midden-Nederland 15 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6065, r.o. 3.10 en 3.11.

53 Rb. Midden-Nederland 15 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6065, r.o. 3.14-3.16.

54 Rb. Midden-Nederland 15 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6065, r.o. 3.18.

55 Rb. Midden-Nederland 15 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6065, r.o. 3.18. Dit gevolg wordt ook op p. 64 van de Toelichting op de UAV-GC benoemd.

56 Rb. Midden-Nederland 15 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6065, r.o. 3.22.

57 Rb. Midden-Nederland 15 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6065, r.o. 3.20 en 3.21.

58 Rb. Midden-Nederland 15 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6065, r.o. 3.30-3.35.

59 RvA 29 juli 2021, nr. 37.048.

60 RvA 29 juli 2021, nr. 37.048, alinea 20.

Echter, arbiters gaan niet mee in het standpunt van ON dat deze gebeurtenissen hebben geleid tot vertraging op het kritieke pad van de planning. Arbiters omschrijven het kritieke pad als volgt: *“Het kritieke pad is een opeenvolging van gekoppelde werkzaamheden die direct van invloed zijn op de einddatum van het project. Als een van die werkzaamheden te laat wordt afgerond, wordt de daaropvolgende werkzaamheid later afgerond en uiteindelijk het hele project later afgerond.”*⁶¹ Volgens arbiters betekent dat in dit geval dat *“de latere afronding van het ruimteboekenproces in de ruimste zin van het woord, (...) zelfstandig [moet] hebben geleid tot latere afronding van het project.”*⁶² Volgens ON had de vertraging van het UO effect op de doorlooptijd van het afbouwproces, omdat daardoor niet minimaal 1,5 tot 2,5 maanden gelegen zou zijn tussen het moment van afronding van het UO en de start van de afbouw, terwijl die periode volgens ON nodig was voor ontwerp- en voorbereidende uitvoeringswerkzaamheden van leveranciers en onderaannemers.⁶³ Door de vertraging in de afronding van het UO, als gevolg van de 5 gebeurtenissen, zou die periode korter zijn geweest.

Daar gaan arbiters niet in mee. OG voert namelijk als verweer dat ON in de ruwbouwfase zelf ook is vertraagd. Als zodanig wordt die eigen vertraging door ON niet betwist. Arbiters knopen vervolgens aan bij het moment waarop het Werk, volgens de eigen stelling van ON, na de ruwbouwvertraging wind- en waterdicht was. Zij stellen vast dat tussen het daadwerkelijke (vertraagde) moment van afronding van het UO voor de afbouw en het daadwerkelijke moment waarop het Werk wind- en waterdicht was een periode van 5 maanden had gezeten, dus ruim meer dan de door ON zelf noodzakelijk geachte 1,5 tot 2,5 maanden. Aldus heeft de vertraging in de afronding van het UO voor de afbouw volgens arbiters niet tot vertraging op het kritieke pad geleid.⁶⁴ Volgens arbiters lag de eigen vertraging in de ruwbouwfase op het kritieke pad, *“als gevolg waarvan de door het ruimteboekenproces opgelopen vertraging is opgegaan in die vertraging”*, zodat de vertraging in het ruimteboekenproces volgens arbiters niet tot zelfstandige vertraging van het Werk heeft geleid en dus niet als kritiek kan worden aangemerkt. De aanspraak van ON op termijnverlenging wordt daarom afgewezen.

Wij constateren dat een lijn wordt aangehouden die wat af lijkt te wijken van die waarvan in het verderop in deze paragraaf te bespreken vonnis over ‘de Boekelosebrug’ wordt uitgegaan.

Het Noorderhuis

Bij vonnis van 8 augustus 2021 oordeelt de rechtbank Rotterdam over de verantwoordelijkheid voor de te late oplevering van een gemeenschapshuis in Noordeloos, ‘het Noorderhuis’.⁶⁵ ON vordert betaling van facturen van termijnen van de aanneemsom en meerwerk. OG (een gemeente) stelt

de contractuele boete voor te late oplevering te hebben verrekend. Wat opvalt is dat de rechtbank de kwestie strak langs de regels van stelplicht en bewijslast benadert, maar minder strak (althans niet uitdrukkelijk) langs de UAV-GC. Inhoudelijk lijkt het oordeel echter niet met de uitgangspunten van de UAV-GC in strijd.

OG stelt dat het Werk op 24 september 2018 had moeten zijn opgeleverd, maar pas op 8 maart 2019 is opgeleverd, zodat een boete verschuldigd is. ON betwist dit zonder succes. Allereerst stelt ON dat partijen na contractsluiting een verlenging tot 15 oktober 2018 zijn overeengekomen, naar aanleiding van een verzoek tot wijziging van ON. Dat verweer faalt, omdat dit verzoek niet door OG is ondertekend en ON zijn stelling dat de wijziging mondeling zou zijn overeengekomen onvoldoende motiveert. De rechtbank betreft bij dit oordeel niet § 15 lid 3 UAV-GC, waarop het verzoek van ON tot wijziging van de opleverdatum valt,⁶⁶ noch § 23 UAV-GC. Wat daarvan ook zij, de opleverdatum blijft staan op 24 september 2018. ON werpt nog op dat de oplevering al eerder dan op 8 maart 2019 had kunnen en moeten plaatsvinden. Maar ook dat wordt niet aangenomen, onder meer omdat OG onbetwist heeft gesteld dat op die datum niet aan de eisen van het opleverprotocol was voldaan en de rechtbank bovendien vaststelt dat de sleuteloverdracht pas op 8 maart 2019 plaatsvond. Daarmee staat voor de rechtbank vast dat de opleverdatum met 164 dagen is overschreden, conform de stelling van OG.

Vervolgens kijkt de rechtbank ON aan om te onderbouwen dat de vertraging hem niet kan worden toegerekend. ON voert dat verweer op twee gronden, namelijk (i) dat OG een door hem beoogde aanpassing van het DO niet op tijd heeft doorgevoerd en (ii) dat OG te laat een besluit zou hebben genomen over een al dan niet door hem gewenste traforuimte. De rechtbank neemt beide gronden niet aan. Enerzijds, omdat ON wél onderbouwt dat ‘verlate besluitvorming’ laat heeft plaatsgevonden, maar verzuimt te onderbouwen dat dit tot vertraging op het kritieke pad van de planning heeft geleid. Anderzijds speelt parten dat ON tijdens het bouwproces géén van beide vertragingsoorzaken heeft aangevoerd, zelfs niet toen overleg plaatsvond om oorzaken van de vertraging door te nemen. Opgemerkt wordt dat de rechtbank dit had kunnen koppelen aan § 44 leden 2, 3 en 5 UAV-GC op grond waarvan ON zijn aanspraak op termijnverlenging met bekwame spoed aan OG kenbaar dient te maken. Die koppeling wordt echter niet gelegd. Slotsom is niettemin dat de aanspraak op termijnverlenging wordt afgewezen en ON de boete voor te late oplevering aan OG moet voldoen.

Boekelosebrug

In deze uitspraak wordt ingegaan op de lijn die in de jurisprudentie van de Raad tot op heden vrij vast wordt aangehouden met betrekking tot ‘parallele vertragingen’

61 RvA 29 juli 2021, nr. 37.048, alinea 22.

62 RvA 29 juli 2021, nr. 37.048, alinea 22.

63 RvA 29 juli 2021, nr. 37.048, alinea 25.

64 RvA 29 juli 2021, nr. 37.048, alinea 29 e.v.

65 Rb. Rotterdam 4 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8068, r.o. 4.1-4.18.

66 Volgens § 15 lid 3 sub a UAV-GC ziet op een verzoek tot wijziging van de eisen opgenomen in de Overeenkomst, op initiatief van ON. Daarvan is sprake, bij een verzoek van ON tot wijziging van de overeengekomen opleverdatum.

(ook wel: 'concurrent delay'). Die lijn wordt voortgezet en daaraan worden enkele principiële overwegingen gewijd. Tijdens uitvoering wordt in het werkterrein grond(water) verontreiniging aangetroffen.⁶⁷ Volgens ON is OG daarvoor aansprakelijk, ingevolge § 13 lid 4 UAV-GC. Ook waren volgens ON sloopwerkzaamheden niet tijdig gereed, waardoor het te bebouwen terrein niet tijdig bouwrijp ter beschikking werd gesteld. Hierdoor heeft ON een onvoorziene sanering moeten uitvoeren en (als versnellingsmaatregel) een gewapende grondconstructie moeten toepassen, beide leidende tot vertraging in de aanvang van de realisatie van het landhoofd, alsook vertraging bij de inrichting van het werkterrein en de aanvang van de verlegging van de watergang.

OG erkent 1,2 werkweken termijnverlenging, maar betwist de aanspraken van ON voor het overige en maakt aanspraak op de contractuele boete voor te late oplevering. OG stelt dat ON op of vóór het moment van totstandkoming van de Overeenkomst op de hoogte was of behoorde te zijn van de aanwezigheid van de verontreiniging, zodat de aanspraak op termijnverlenging en kostenvergoeding vanwege de verontreiniging op grond van § 13 lid 6 UAV-GC dient te falen. Bovendien betwist OG dat hij het gehele terrein bouwrijp ter beschikking diende te stellen. Vervolgens betwist OG dat sprake is van vertraging op het kritieke pad, omdat volgens ON volgens OG zelf het ontwerp (DO en UO) niet tijdig gereed had, daardoor sowieso pas later kon aanvangen en om die reden de mijlpaal voor oplevering (1 januari 2019) sowieso niet meer kon halen. Een situatie van 'parallele vertraging' dus.

Eerst oordelen arbiters over de wijze waarop de aanspraak op termijnverlenging moet worden benaderd. Arbiters stellen voorop dat sprake dient te zijn van vertraging op het kritieke pad en omschrijven dat als volgt: "(...) dat op het kritieke pad van de planning die werkzaamheden zijn gelegen die automatisch de einddatum van het werk verschuiven, als door vertragingen (en/of verstoringen) de geplande tijdsduur van die werkzaamheden worden vertraagd. In de situatie dat sprake is van meerdere kritieke vertragingsoorzaken, moet voor iedere afzonderlijke kritieke vertragingsoorzaak worden bepaald of deze voor risico van één der partijen komt."⁶⁸ Vervolgens stellen arbiters een aantal vuistregels voorop, onder uitdrukkelijke verwijzing naar de eerdere rechtspraak van de Raad op dit punt.⁶⁹

1. Voor de vaststelling van het recht op termijnverlenging moet in beginsel enkel worden gekeken naar de aanwezigheid van vertragingen op het kritieke pad die aan OG zijn toe te rekenen. Of daarnaast eigen vertragingen van ON op het kritieke pad aanwezig zijn, doet in beginsel aan het recht op termijnverlenging niet af.⁷⁰
2. De positieve tijdconsequenties van versnellingsmaatregelen die ON neemt, dienen in eerste instantie als compensatie voor de negatieve tijdconsequenties van eigen

vertragingen van ON te worden toegerekend, oftewel daarop in mindering te komen.⁷¹

3. De door OG bij aanvang geaccepteerde planning is in beginsel maatgevend voor het bepalen van de omvang van de vertraging omdat de ruimte in de planning ("float") aan ON toekomt. De float is niet bedoeld voor vertragingen die door aan OG toe te rekenen omstandigheden ontstaan, maar strekt ertoe eventuele eigen vertragingen van ON op te vangen.⁷²

Arbiters komen op basis hiervan tot het oordeel dat in totaal 24 weken vertraging zijn ontstaan op het kritieke pad van de planning, door aan OG toe te rekenen omstandigheden, zodat ON daarvoor in principe aanspraak heeft op termijnverlenging.⁷³

Fietsbrug Almere

In deze zaak speelt tot slot een vertragingdiscussie in verband met een vergunning die te laat is verkregen. Volgens ON valt die vertraging binnen de risicosfeer van OG. Hij wijst twee oorzaken aan. Ten eerste was voor het verkrijgen van een omgevingsvergunning een verklaring van geen bezwaar van TenneT nodig, maar de communicatie daarmee liep zeer moeizaam, met als gevolg dat de vergunning pas een jaar later, op 24 februari 2020, onherroepelijk werd. Ten tweede leidde de PAS-uitspraak van de Raad van State d.d. 29 mei 2019 tot aanvullende vertraging.⁷⁴

Dit beroep op termijnverlenging slaagt niet. De rechtbank overweegt dat partijen een afwijking op § 10 UAV-GC zijn overeengekomen en dat op ON in uitgangspunt een resultaatsverplichting rust om tijdig de benodigde vergunningen te verkrijgen. Dit lijdt pas uitzondering indien ON heeft aangetoond dat de vertraging niet aan hem te wijten en in dat verband heeft aangetoond dat geen van vier omstandigheden zich heeft voorgedaan. ON slaagt volgens de rechtbank niet in het bewijs daarvan, met als gevolg dat de gevolgen van de vertraagde gunningverlening voor risico van ON blijven. Daarbij komt overigens dat ON ter zitting heeft aangegeven dat de planning van meet af aan eigenlijk al te ambitieus was om reëel te zijn.⁷⁵

6. Aanspraken op grond van § 44 UAV-GC

Op grond van § 44 lid 1 UAV-GC kan een ON in drie gevallen aanspraak maken op kostenvergoeding en/of termijnverlenging, mits hij op de voet van leden 2, 3 en 5 die aanspraak tijdig en deugdelijk bij OG kenbaar heeft gemaakt.

Bodem Gasfabriek

ON doet een beroep op § 44 lid 1 sub c UAV-GC, onvoorziene omstandigheden. Appellarbiters zoeken in dit kader

67 De termen 'werkterrein' en 'bouwterrein' lijken in het vonnis soms door elkaar te lopen.

68 RvA 1 december 2021, zaak nr. 36.888, alinea 29.

69 RvA 22 juli 2013, zaak nr. 32.305 en RvA 1 december 2017, zaak nr. 72.074.

70 RvA 1 december 2021, zaak nr. 36.888, alinea 30.

71 RvA 1 december 2021, zaak nr. 36.888, alinea 31.

72 RvA 1 december 2021, zaak nr. 36.888, alinea's 32 en 49.

73 RvA 1 december 2021, zaak nr. 36.888, alinea's 33-44 en 52-63.

74 Rb. Midden-Nederland 15 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6065, r.o. 3.37.

75 Rb. Midden-Nederland 15 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6065, r.o. 3.39 - 3.41.

aansluiting bij artikel 6:258 BW; een beroep op artikel 7:753 BW speelt niet.⁷⁶ Appellarbiters oordelen dat waar partijen in het contract hebben voorzien in een oplossing van bepaalde omstandigheden, niet meer kan worden gesproken van een onvoorziene omstandigheid.⁷⁷ Omdat partijen hebben voorzien in een contractuele toedeling van de betreffende risico's naar aanleiding waarvan ON zich op § 44 lid 1 sub c beroept, wordt het beroep van ON op § 44 lid 1 sub c UAV-GC gepasseerd. Ook het gegeven dat OG zelf verrast was door het grote aantal obstakels, en daarbij termen als "onvoorzien" heeft gebruikt, wordt door appellarbiters onvoldoende geacht om te dienen als erkenning door OG dat van onvoorziene omstandigheden sprake was.⁷⁸ Appellarbiters oordelen verder dat ON, vanwege zijn verklaring zelf een risico-inschatting te hebben gemaakt en door zijn keuze zelf geen verder onderzoek te doen, welbewust het risico heeft genomen. Dit staat aan een beroep op onvoorziene omstandigheden in de weg.⁷⁹

Bagger en aanzanding

ON krijgt op 5 juli 2016 voor € 7.971.675 (bagger)Werk opgedragen.⁸⁰ Tijdens de uitvoering zijn er tegenvallers waarover op 8 november 2017 een schikking wordt getroffen. Op 16 februari 2018 wordt het Werk voor oplevering aanvaard. Anderhalve week later stuurt ON aan OG een brief dat het Werk zwaar verlieslatend is geweest en deelt ON mee dat de oorzaken daarvan zullen worden geanalyseerd en met OG zullen worden gedeeld. Bijna anderhalf jaar later volgt een brief van ON, waarin de oorzaken worden toegelicht. ON maakt daarbij aanspraak op een vergoeding van € 12.117.558,68, primair gebaseerd op § 44 lid 1 sub b en c.⁸¹ OG verweert zich inhoudelijk, maar ook formeel, met het standpunt dat ON niet heeft voldaan aan de waarschuwingsplicht uit § 4 lid 7 UAV-GC en ook niet met de vereiste bekwame spoed zoals bepaald in § 44 UAV-GC heeft gewaarschuwd.⁸²

Arbiters volgen OG in zijn formele verweer. Arbiters oordelen dat ON niet heeft voldaan aan het vereiste van § 44 lid 2 in combinatie met § 44 lid 5, door die aanspraken pas anderhalf jaar na oplevering kenbaar te maken. Arbiters merken op, dat de brief van anderhalve week na oplevering daarvoor onvoldoende is geweest, omdat daarin geen aanspraak werd gemaakt op kostenvergoeding en bovendien die mededeling niet kon worden aangemerkt als een melding zoals § 44 lid 5 die vereist.⁸³ Ten overvloede wijzen arbiters ook inhoudelijk het beroep van ON op § 44 lid 1 sub b en c af.⁸⁴

76 RvA 8 februari 2021, zaak nr. 72.210, r.o. 26.

77 RvA 8 februari 2021, zaak nr. 72.210, r.o. 26, 27, 83.

78 RvA 8 februari 2021, zaak nr. 72.210, r.o. 29.

79 RvA 8 februari 2021, zaak nr. 72.210, r.o. 55, 103.

80 RvA 10 mei 2021, zaak nr. 36.868.

81 RvA 10 mei 2021, zaak nr. 36.868, r.o. 5 l, p, t, y., r.o. 7.

82 RvA 10 mei 2021, zaak nr. 36.868, r.o. 9.

83 RvA 10 mei 2021, zaak nr. 36.868, r.o.19.

84 Over deze uitspraak is in BR afl. 9 september 2021 een noot gepubliceerd van mr M. A. Greven.

Dijkverstevigingsproject KIS

Naast een § 14 UAV-GC discussie, speelde in deze zaak ook een § 44 UAV-GC debat.⁸⁵ Als aangegeven, is het Werk aangenomen tegen een aanneemsom van € 59.436.000. Na contractsluiting wordt ON geconfronteerd met § 14 Wijzigingen. Volgens ON gaat het om maar liefst 275 wijzigingen, met een gezamenlijke waarde van circa € 24 miljoen, dus circa 40% van de oorspronkelijke aanneemsom. Hierdoor lopen de algemene kosten en risico's volgens ON zodanig op dat het overeengekomen vaste opslagpercentage van 10% niet langer volstaat. Er zou een percentage van 28% moeten gelden. Anderzijds wordt gesteld dat hierdoor de voorfinancieringslasten onredelijke proporties aannemen. Voor beide wenst ON aanpassing van de Overeenkomst op grond van § 44 lid 1 sub c UAV-GC, oftewel het leerstuk van onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW).⁸⁶ ON stelt daartoe dat hij een dermate groot aantal wijzigingen niet heeft (hoeven) voorzien, om twee redenen: (1) omdat een dermate groot aantal wijzigingen kwalificeert als een 'wezenlijke wijziging', die aanbestedingsrechtelijk niet is toegestaan, en (2) omdat ook op de voet van de UAV 2012 het aantal toegestane wijzigingen tot 10% is beperkt.⁸⁷ OG betwist dat een zodanige hoeveelheid wijzigingen sprake is. Volgens hem bedraagt het percentage 25%.

De rechtbank stelt voorop dat bij de vraag of sprake is van een onvoorziene omstandigheid het aankomt op de veronderstellingen van partijen bij het sluiten van de overeenkomst en meer specifiek of zij in het mogelijk optreden van zodanige omstandigheden hebben willen voorzien of die mogelijkheid stilzwijgend in de overeenkomst hebben verdisconteerd. In dit geval is dus de vraag of ON kan motiveren dat het aantal en de omvang van de wijzigingen een onvoorziene omstandigheid oplevert "en niet inherent is aan de realisatie en uitvoering van het onderhavige werk".⁸⁸ Daarvoor draagt ON de stelplicht en bewijslast, wat volgens de rechtbank te meer geldt omdat de mogelijkheid bestond om vragen te stellen tijdens de nota van inlichtingen en ON (als enige) daarvan geen gebruik heeft gemaakt.⁸⁹ De rechtbank stelt vervolgens vast dat ON hierin niet slaagt. In navolging van OG, wijst de rechtbank op de aanbestedingsrechtelijke regel dat tot maximaal 50% van de initiële opdrachtwaarde aan wijzigingen mag worden doorgevoerd zonder dat van

85 Rechtbank Gelderland 25 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6300.

86 § 44 lid 1 sub c UAV-GC beoogt te verwijzen naar art. 6:258 BW (*Toelichting UAV-GC*, p. 98). De rechtspraak bevestigt dit ook, zie bijv. RvA 12 januari 2012, nr. 71.654. In dit vonnis wordt hier niet op ingegaan. Wel is duidelijk dat ON zijn aanspraak baseert op § 44 UAV-GC (zie r.o. 3.1 en 4.2) en dat de rechtbank dit stilzwijgend vertaalt naar een beroep op art. 6:258 BW.

87 Kennelijk doelt ON op § 39 lid 2 UAV 2012, inzake het recht op prijsaanpassing bij overschrijding van verrekenbare hoeveelheden met meer dan 10%. De grens waarbinnen de aannemer onder de UAV 2012 meerwerk moet aanvaarden ligt namelijk niet op 15%, ingevolge § 36 lid 3 UAV 2012.

88 Rechtbank Gelderland 25 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6300, r.o. 4.4.

89 Rechtbank Gelderland 25 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6300, r.o. 4.4 en 2.6. Of het feit dat ON tijdens de aanbesteding geen vragen heeft gesteld volgens de rechtbank leidt tot een verzwaarde stelplicht, blijkt niet (uitdrukkelijk) uit het vonnis. Wel is duidelijk de rechtbank ON dit feit sterk aanreken.

een wezenlijke wijziging sprake is.⁹⁰ Nu daarvan geen sprake is, wordt het argument dat van een wezenlijke wijziging sprake zou zijn, gepasseerd en laat de rechtbank in het midden of de hoeveelheid wijzigingen nu 25% of 40% betreft. Ook de parallel met de UAV 2012 wordt door de rechtbank niet relevant geacht, omdat deze niet van toepassing zijn en in de UAV-GC geen grens aan het aantal wijzigingen is gesteld.

Wat opvalt is dat ON, ondanks dat de wijzigingen zich opstapelden, zich kennelijk niet heeft beroepen op § 14 lid 6 sub d UAV-GC, op grond waarvan ON de uitvoering van een wijziging had kunnen weigeren indien uitvoering ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, gelet op de wederzijdse belangen van partijen, onaanvaardbaar wordt. ON lijkt daarentegen eerst alle 275 wijzigingen (of hoeveel minder het er ook mogen zijn) te hebben geaccepteerd, om achteraf te proberen het opslagpercentage van 10% met terugwerkende kracht verhoogd te krijgen naar 28%.⁹¹

Boekelosebrug

In deze zaak werd geoordeeld dat ON in uitgangspunt een aanspraak op termijnverlenging toekomt. Arbiters passeren het verweer van OG dat ON heeft verzuimd om overeenkomstig § 44 lid 2 UAV-GC zijn aanspraak op termijnverlenging met bekwame spoed te maken, door die aanspraak pas op 1 mei 2018 te onderbouwen, terwijl ON al vanaf 1 februari 2018 van de verontreiniging op de hoogte was, met als gevolg OG de mogelijkheid is ontnomen (eerder) verdragingsbeperkende maatregelen te nemen. Arbiters gaan niet mee in dit verweer, onder meer omdat OG zelf altijd heeft betwist dat de verontreiniging verdragingsbeperking op het kritieke pad gaf,⁹² ON het ontstaan van verdragingsbeperking op 7 maart 2018 heeft gemeld, en ON de aanspraak eind april/begin mei 2018 heeft onderbouwd.⁹³ In het licht van eerdere rechtspraak van de Raad op dit punt, lijkt dit – op basis van het vonnis – een relatief coulant oordeel.⁹⁴

Ten slotte passeren arbiters het verweer van OG dat ON op grond van § 4 lid 5 UAV-GC gehouden was zoveel mogelijk schadebeperkend te handelen en dus meer versnellingsmaatregelen had moeten nemen. Arbiters passen hun vuistregel toe dat float aan ON toekomt en merken op dat OG uitdrukkelijk niet bereid was om voor versnellingsmaatregelen te betalen. Onder die omstandigheden slaagt het verweer

van OG volgens arbiters niet. Opgemerkt wordt dat § 4 lid 6 UAV-GC ziet op de verplichting om Werkzaamheden zodanig te verrichten dat noch OG noch derden nodeloos hinder hebben, en dat schade aan persoon, goed of milieu zoveel mogelijk wordt beperkt. Dat lijkt geen betrekking te hebben op beperking van door OG zelf veroorzaakte vertraging(sschade). Arbiters laten dit onbesproken.

Ten slotte oordelen arbiters over de aanspraak van ON op vertragingsschade. Ook hier trekken arbiters de genoemde lijn vanuit de Raad consequent door. Voor een deel stellen arbiters vast dat ON ook eigen verdragingsbeperking heeft ondervonden, zodat in zoverre geen aanspraak op vertragingsschade kan worden gemaakt.⁹⁵ Die eigen verdragingsbeperking aan ON is echter van kortere duur geweest dan de verdragingsbeperking die recht geeft op termijnverlenging. Voor dat resterende deel van 10 weken kennen arbiters vertragingsschade toe.⁹⁶

7. Ontbinding en opzegging

In de vorig jaar gepubliceerde jurisprudentie stond in één uitspraak de rechtsgeldigheid van een ontbinding centraal.

Vervanging brug

Hoofdaannemer (HA) en onderaannemer (OA) hebben uitvoering gegeven aan een onderaannemingsovereenkomst. HA was jegens zijn OG verantwoordelijk voor het civiele deel en infradeel van het project betreffende de vervanging van een brug. HA schakelde OA in voor verschillende infrastructuurle werkzaamheden, waaronder ook het opstellen van ontwerpdocumenten.⁹⁷ Gedurende enkele maanden correspondeerden HA en OA over de (on)deugdelijkheid van een door OA op te stellen UO, het al dan niet aanpassen daarvan en het (ontbreken van) de acceptatie daarvan door de provincie: OG van HA.⁹⁸ HA en OA zijn het erover eens dat de onderaannemingsovereenkomst (mondeling) door HA is beëindigd. In dit geschil staat de vraag centraal hoe deze beëindiging kwalificeert. Volgens OA moet de beëindiging worden beschouwd als een opzegging op de voet van § 16 lid 8 UAV-GC. HA stelt de overeenkomst rechtsgeldig (buitengerechtigd) ontbonden te hebben wegens toerekenbaar tekortschieten van OA.

Arbiters stellen voorop dat de UAV-GC de ontbinding van een overeenkomst door de OG (in dit geval HA) niet behandelt. Ook in § 43 lid 2 UAV-GC, dat bepaalt dat een OG in geval van nalatigheid van ON (na schriftelijke ingebrekestelling) het werk voor rekening van ON mag voltooien of doen voltooien, wordt niet over ontbinding gesproken.⁹⁹ Voor het vraagstuk (buitengerechtigde) ontbinding moet aangesloten worden bij het wettelijk stelsel (art. 6:265 BW). Arbiters nemen – veronderstellenderwijs – aan dat OA zijn verplichtingen jegens HA niet (juist) is nagekomen.

90 Rechtbank Gelderland 25 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6300, r.o. 4.4. Kennelijk wordt – nogal ongenueanceerd – bedoeld op artikel 2.163e Aanbestedingswet 2012, dat een regeling biedt voor het doorvoeren wijzigingen tot 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht, in geval van onvoorzienbare omstandigheden. In het vonnis wordt hier echter niet nader op ingegaan.

91 Vgl. Rechtbank Gelderland 25 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6300, r.o. 3.1 en 4.12.

92 Kennelijk bedoelen arbiters hiermee te stellen dat dit onaannemelijk maakt dat OG bij een eerdere melding concrete andere maatregelen had genomen. Vergelijk ook alinea 48. Uit het vonnis volgt dit echter niet geheel duidelijk.

93 RvA 1 december 2021, zaak nr. 36.888, alinea's 46-48.

94 Zie bijvoorbeeld RvA 18 september 2014, nr. 33.764, RvA 11 januari 2018, zaak nr. 35.734, RvA 19 januari 2019, nr. 36.154 en RvA 16 oktober 2019, nr. 36.433, waarin het ON werd aangerekend geen tijdige aanspraak overeenkomstig § 42 lid 2 UAV-GC te hebben gemaakt.

95 RvA 1 december 2021, zaak nr. 36.888, alinea's 64-69.

96 RvA 1 december 2021, zaak nr. 36.888, alinea's 70, 74 en 87-89.

97 RvA 5 februari 2021, nr. 36.244, alinea 7 sub a en g.

98 RvA 5 februari 2021, nr. 36.244, alinea 7 sub n.

99 RvA 5 februari 2021, nr. 36.244, alinea 29.

De (reconventionele) vorderingen van HA stuiten evenwel af op het ontbreken van verzuim van OA. De documentenplanning waarnaar HA heeft verwezen, bevat naar het oordeel van arbiters geen fatale termijn in de zin van artikel 6:83 onder a BW. Zoals ook uit de taalkundige betekenis van het woord 'planning' voortvloeit, zijn de in een planning opgenomen data niet meer dan beoogde data.¹⁰⁰ Daarnaast oordelen arbiters dat een deugdelijke ingebrekestelling ontbreekt. HA verwees naar diverse e-mailberichten waarin de kwaliteit van het UO afkomstig van OA aan de orde is gesteld, maar geen daarvan kan worden beschouwd als een schriftelijke aanmaning waarin een redelijke termijn voor nakoming wordt gesteld.¹⁰¹ Arbiters oordelen dat de beëindiging dient te worden beschouwd als een opzegging door HA als bedoeld in § 16 lid 8 UAV-GC. Ook het beroep van HA op § 43 lid 2 UAV-GC faalt. HA was niet gerechtigd het werk voor rekening van OA door derden te laten voltooien aangezien voor een succesvol beroep hierop een schriftelijke ingebrekestelling is vereist, terwijl deze naar het oordeel van arbiters ontbreekt.¹⁰²

8. Oplevering en gebreken

In vorige edities heette deze paragraaf ook wel 'vervroegde ingebruikname, oplevering en gebreken'. In 2021 is, voor zover relevant, alleen ingegaan op gebreken die na oplevering zijn geconstateerd.

Remmingwerken

ON ontving van OG opdracht voor de realisatie van (onder andere) het aanbrengen van remmingwerk/wrijfhouw (wrijflijnen en gordingen) en het voorkomen van ontgroning van het kanaal.¹⁰³ Bij de Vraagspecificatie waren, uitsluitend ter informatie, ontwerpdocumenten gevoegd.¹⁰⁴ Bij oplevering zijn gebreken vastgesteld aan (onder andere) de wrijflijnen en de bodembescherming. ON heeft de gebreken aan de wrijflijnen hersteld, zij het naar het oordeel van OG ondeugdelijk. Betwist wordt dat de bodembescherming gebrekkig is. OG vordert vervangende schadevergoeding nadat hem was gebleken dat ON weigerde de gebreken (opnieuw) te herstellen met als gevolg dat ON in verzuim kwam te verkeren.

Arbiters overwegen dat de oorzaak van het gebrek aan de wrijflijnen (scheurvorming) niet bij oplevering was te onderkennen. De verantwoordelijkheid in dit verband is dus niet bij oplevering op OG overgegaan.¹⁰⁵ Aangezien ON verantwoordelijk is voor het ontwerp en de uitvoering van het remmingswerk (incl. de wrijflijnen) is ON voor het gebrek verantwoordelijk. ON wordt, aangezien verzuim aan de orde is, veroordeeld tot herstel. Wat betreft de bodembescherming bevestigen arbiters dat deze gebrekkig is. Anders

dan ON stelt, overwegen arbiters dat ON dient aan te tonen dat dit gebrek niet aan hem toerekenbaar is.¹⁰⁶ Arbiters stellen vervolgens vast dat het gebrek is veroorzaakt door uitvoeringsfouten.¹⁰⁷ Aangenomen dat ON in verzuim verkeert, wijzen arbiters de vordering tot betaling van vervangende schadevergoeding toe.

Inrichting jachthaven

Arbiters moesten oordelen over de vraag of ON op de voet van § 27 lid 3 UAV-GC aansprakelijk was voor gebreken en OG recht had op vergoeding van demontage-, herstel en onderzoekskosten vanwege schades aan het werk die tijdens de onderhoudsperiode aan de dag waren getreden.¹⁰⁸ Nadat arbiters verwezen naar het uitgangspunt uit § 4 lid 9 UAV-GC (ON is verantwoordelijk voor alle gebreken, tenzij ...), is mede op basis van rapportages geconcludeerd dat ON aansprakelijk was voor deze in de onderhoudstermijn aan de dag getreden schade. ON doet tevergeefs een beroep op § 28 UAV-GC ((beperking van) aansprakelijkheid na oplevering) omdat de schades zich hebben voorgedaan in de overeenkomen onderhoudstermijn van 12 maanden. Op grond van § 28 lid 4 UAV-GC treedt de dag na het verstrijken van de onderhoudstermijn in de plaats van de feitelijke datum van oplevering, zodat § 28 UAV-GC in dit geval geen toepassing vindt.¹⁰⁹

ON beklagde zich daarnaast over de omvang van de herstelkosten. Arbiters overwegen daarover dat ON – in de situatie dat ON zelf door OG meerdere keren in de gelegenheid is gesteld om zelf tot herstel over te gaan en daarop niet of nauwelijks reageerde – zich er achteraf niet over beklagen kan dat de herstelkosten hoog zijn en hij die herstelwerkzaamheden tegen een lagere prijs had kunnen verrichten. De herstelwerkzaamheden zijn bovendien in concurrentie aanbesteed en waren ook volgens de eigen deskundige van ON minimaal noodzakelijk.¹¹⁰ ON dient alle gevorderde kosten van herstel, de montage en onderzoek aan OG te voldoen.

9. Varia

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

Schade schatten – Segmentenhefdeur

In elke vorige editie van deze kroniek hebben we aandacht besteed aan het *Segmentenhefdeur*-saga. Ditmaal is het eindvonnis van de schadestaatprocedure in eerste aanleg aan de beurt.¹¹¹ Voor de goede orde: alleen al in deze schadestaat zijn de volgende uitspraken geweest: in 2015 een bevoegdheids- en schorsingsincident, in 2019 een tussenvonnis, gevolgd in 2020 door een hoger beroep tegen

100 RvA 5 februari 2021, nr. 36.244, alinea 32.

101 RvA 5 februari 2021, nr. 36.244, alinea 35.

102 RvA 5 februari 2021, nr. 36.244, alinea 52.

103 RvA 16 juli 2021, nr. 37.219.

104 RvA 16 juli 2021, nr. 37.219, alinea 5 onder c.

105 RvA 16 juli 2021, nr. 37.219, alinea 34.

106 RvA 16 juli 2021, nr. 37.219, alinea 48 en 50.

107 RvA 16 juli 2021, nr. 37.219, alinea 58.

108 RvA 23 september 2021, nr. 36.997.

109 RvA 23 september 2021, nr. 36.997, alinea 17.

110 RvA 23 september 2021, nr. 36.997, alinea 29.

111 RvA 21 december 2020, nr. 35.319.

dat tussenvonnissen.¹¹² Het geschil draait hoofdzakelijk over de aansprakelijkheid voor het disfunctioneren van een segmenthefdeur in een bedrijfshal, en de daardoor ontstane vertraging en geleden schade. In de schadestaat werd eerst geoordeeld dat ON geen beroep toekomt op de aansprakelijkheidsbeperking van § 28 lid 3 UAV-GC, omdat die beperking pas geldt als het werk is opgeleverd. In dit geval was het werk niet voor oplevering gereed gemeld, althans niet aanvaard. Dat tussenoordeel is als juist bevestigd.

In dit eindvonnis staat de vraag centraal of OG zijn schade wel kan aantonen. Arbiters stellen namelijk vast dat de onderbouwing, althans in ieder geval een fors deel daarvan, op basis van nacalculatie is begroot.¹¹³ De rechtspraak van de Raad in het verleden toont dat een dergelijke schadeonderbouwing vaak leidt tot afwijzing van de schadevordering. Maar niet in dit geval. Arbiters stellen namelijk – in navolging van de civiele jurisprudentie¹¹⁴ – het volgende kader voorop:¹¹⁵

- uitgangspunt is dat de schadelijdende partij zoveel mogelijk in de toestand wordt gebracht waarin hij zou hebben verkeerd zonder de schade toebrengende gebeurtenis;
- een concrete begroting is daarvoor het meest geschikt;
- is dit niet mogelijk, dan kan soms (deels) voor een abstracte begroting worden gekozen;
- wanneer beide niet mogelijk zijn, terwijl wel vast staat dat schade is geleden, moeten arbiters de schade schatten, ook als zij niet alle gegevens hebben die zij idealiter zouden wensen.

Arbiters stellen vast dat de schadeonderbouwing van OG een uitgangspunt vormt voor een schatting van de onderzoeks-, deskundigen-, en herstelkosten.¹¹⁶ Daarbij overwegen zij dat het enkele gegeven dat rapportages door een partijdeskundige zijn opgesteld, niet op zichzelf al meebrengt dat deze rapportages onbruikbaar zijn. Wel kan het reden zijn voor een extra kritische beoordeling.¹¹⁷ De beoordeling resulteert erin dat arbiters een bedrag van € 4.031.020,27 toewijzen.¹¹⁸

Overlegging bescheiden - Wintrack II

Op 13 januari 2021 hebben arbiters een incidenteel vonnis op grond van artikel 1040 lid 2 Rv gegeven. Dit vonnis speelt tegen de volgende achtergrond. OG heeft overeenkomsten

betreffende het ontwerpen en de bouw van elektriciteitsmasten voortijdig beëindigd. Op basis van de feiten en mediaberichten kan worden afgeleid dat het hier gaat om de overeenkomsten tussen TenneT en Heijmans-Europoles B.V. inzake het ontwerp en de realisatie van Wintrack II hoogspanningsmasten. De advocaat van ON heeft in een memorandum de juridische positie van ON geanalyseerd. Die analyse is mede gebaseerd op memo's van medewerkers van ON. Het memo is ook verstrekt aan de curator van Europoles, dat intussen een faillissementsaanvraag had gedaan. OG heeft het memorandum bij de curator opgevraagd en gekregen. In dit incident verzoekt hij de overlegging van diverse in het memorandum vermelde memo's.¹¹⁹

Arbiters wijzen dit verzoek af. ON heeft voldoende aanmerkelijk gemaakt dat deze memo's betrekking hebben op vertrouwelijke informatie die is uitgewisseld tussen ON en zijn advocaten. Omdat eenieder zonder vrees van bekendmaking een vertrouwenspersoon zoals een advocaat moet kunnen raadplegen, bestaat een gerechtvaardigd belang om die memo's niet te verschaffen. Dat het memorandum zelf – buiten weten van ON om – aan OG is verstrekt, doet hier niet aan af. De belangenafweging valt daarmee in het voordeel van ON uit.¹²⁰ In 2022 zijn overigens het (inhoudelijke) tussenvonnis en eindvonnis in deze zaak geweest, waaruit samengevat blijkt dat TenneT terecht de overeenkomst heeft ontbonden. Vanwege het moment van publicatie worden deze vonnissen nog niet in deze kroniek behandeld.

Schade afwikkelen: Brugrenovatie

In dit arbitrale vonnis staat de schadeafwikkeling van een terecht ontbonden overeenkomst centraal.¹²¹ Na een niet-openbare aanbesteding is op 29 juli 2014 tussen de Gemeente (OG) en ON een overeenkomst voor de renovatie en het meerjarig onderhoud van een brug gesloten met als contractuele opleverdatum 1 april 2015. Partijen komen een nieuwe opleverdatum van 16 augustus 2015 overeen. Bij brieven van 4 en 9 maart 2015 spreekt OG zijn ernstige zorgen uit over het behalen van die datum. In die tweede brief wijst OG ook het van ON ontvangen (gebrekkige) DO af. Op 16 maart 2015 stuurt ON een brief waarin staat dat oplevering zal plaatsvinden na 31 december 2015. Op 27 maart 2015 ontbindt OG de overeenkomst buitengerechtelijk op de voet van artikel 6:83 aanhef en onder c BW. De rechtmatigheid van die ontbinding wordt in eerste aanleg en in hoger beroep bevestigd. Verder is in een deels parallel lopend arbitraal kort geding, wederom in eerste aanleg en hoger beroep, de vordering van ON afgewezen dat hij in de nieuwe aanbestedingsprocedure had moeten worden uitgenodigd. De vernietigingsactie tegen de appèlvonnissen bij het hof Amsterdam, keert het tij voor ON niet.¹²²

112 Uit alinea's 65 en 66 van dit vonnis blijkt dat OG tevergeefs probeert vergoeding van de reële proceskosten te vorderen. Arbiters overwegen dat die vordering slechts in buitengewone omstandigheden kan slagen en daarvan geen sprake is.

113 RvA 21 december 2020, nr. 35.319, alinea 20.

114 Zie o.a. conclusie A-G Van Peursem 20 april 2018, ECLI:NL:PHR:2018:421 (WEA Randstad/verweerders, alinea's 2.3-2.9), gevolgd in HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1435 (WEA Randstad/verweerders, r.o. 4.1.2). Vgl. Rb. Den Haag 21 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10527 (r.o. 2.15).

115 RvA 21 december 2020, nr. 35.319, alinea 19.

116 RvA 21 december 2020, nr. 35.319, alinea 21, 24-26.

117 RvA 21 december 2020, nr. 35.319, alinea 23. Zo wordt een rapportage inzake schade door stilstand als onvoldoende inzichtelijk bestempeld, alinea 38.

118 RvA 21 december 2020, nr. 35.319, alinea 58-62.

119 RvA 13 januari 2021, nr. 36.699.

120 RvA 13 januari 2021, nr. 36.699, alinea's 22-27.

121 RvA 28 mei 2021, nr. 36.811.

122 Zie alinea's 7-18 van dit vonnis voor dit feitencomplex en de verwijzingen naar de eerdere arbitrale uitspraken en het arrest.

In dit vonnis stellen arbiters voorop dat voor eventuele vergoeding in aanmerking komt zowel de schade die voortvloeit uit de toerekenbare tekortkoming, alsook de schade die is geleden als gevolg van de ontbinding. Ten aanzien van de schade die op grond van artikel 6:277 BW dient te worden vergoed, geldt dat het positief contractbelang moet worden vergoed. Tot slot overwegen arbiters in dit verband dat hen een grote mate van vrijheid om de schadevergoeding te begroten, waarbij zij aansluiting zoeken bij de hiervoor al aangehaalde trits van schadebegrotingen (concreet, abstract, of een schatting).¹²³

Arbiters wijzen erop dat het causaal verband niet door louter tijdsverloop wordt doorbroken. ON had kunnen verwachten dat het beëindigen van de overeenkomst in een zo vroeg stadium zou meebrengen dat (bijna) het gehele renovatietraject overnieuw zou moeten worden gedaan, wat een aanzienlijke tijd in beslag neemt. Arbiters achten het goed verdedigbaar dat OG vanuit schadebeperkend perspectief met een nieuwe aanbestedingsprocedure heeft gewacht tot aan de start van de vernietigingsprocedure.¹²⁴ Wel wordt ON gevolgd in zijn standpunt dat de vervangende opdracht op meerdere punten afwijkt van de oorspronkelijke opdracht. De daarmee samenhangende kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.¹²⁵ Op deze wijze komen (deels) voor vergoeding in aanmerking tot een hoogte van ruim € 403.000, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 28 maart 2015:

- interne kosten vanwege het intensievere contractmanagement door het structureel niet nakomen van deadlines;¹²⁶
- de kosten van een nieuwe aanbestedingsprocedure.¹²⁷ Wel overwegen arbiters dat *"de gevolgde aanbestedingsprocedure van de vervangende opdracht een prijsopdrijvend effect heeft gehad"*.¹²⁸ Wat arbiters hiermee bedoelen, blijkt niet. Het betreft namelijk een meervoudig onderhandse procedure. Wellicht nemen arbiters aan dat inschrijvers dan minder concurrentiedruk voelen dan bij een openbare aanbesteding;
- de kosten van tussentijds onderhoud, wat bij correct presteren niet nodig zou zijn geweest.¹²⁹

Tot slot kennen arbiters een schadevergoeding van € 60.500 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 28 maart 2015 toe in het kader van de ongedaanmakingsverbintenis. De door ON uitgevoerde werkzaamheden zijn naar hun aard niet voor restitutie vatbaar, waardoor de subjectieve waarde voor OG dient te worden vergoed. Arbiters zijn van oordeel dat die werkzaamheden geen waarde hebben gehad

voor OG, ondanks de door ON verrichte inspanningen. Het DO was namelijk verre van volledig.¹³⁰

Prestatieverklaring en renteverhoging – het Noorderhuis

In deze zaak vordert ON betaling voor uitgevoerde Wijzigingen, vermeerderd met 2 procentpunten renteverhoging op grond van § 42 lid 2 UAV-GC.¹³¹ De rechtbank Rotterdam honoreert de betalingsaanspraken gedeeltelijk, maar wijst de renteverhoging af.¹³² Niet omdat de aanmaning als bedoeld in § 42 lid 2 niet correct is verzonden; blijkens het vonnis is die aanmaning aan de orde geweest.¹³³ De renteverhoging wordt afgewezen vanwege het verweer van OG dat ON heeft verzuimd een prestatieverklaring te vragen conform § 33 lid 3 UAV-GC.

Verzuimt de ON een prestatieverklaring te vragen, dan wordt niet toegekomen aan de situatie dat *"een door de Opdrachtnemer krachtens § 33 lid 3 verzochte prestatieverklaring niet met bekwame spoed wordt afgegeven of een betaling waarop hij krachtens een afgegeven prestatieverklaring recht heeft (...) nog niet heeft plaatsgevonden"*, als bedoeld in § 42 lid 2 UAV-GC, zodat reeds daarom de renteverhoging niet aan de orde is. Dat sluit ook aan bij het systeem van de UAV-GC, op basis waarvan de verplichting van OG tot betaling bestaat op basis van de termijnstaat (§ 31 lid 1 UAV-GC) en door afgifte van een prestatieverklaring, waar ON om moet verzoeken als hij meent op betaling recht te hebben (§ 33 lid 3 UAV-GC). Dat geldt ook voor de prijs van een Wijziging, die in de termijnstaat wordt verdisconteerd (§ 45 lid 2 UAV-GC). Verzuimt de ON een prestatieverklaring te vragen, dan kan hij bovendien niet conform § 33 lid 6 UAV-GC een prestatieverklaring voegen bij zijn factuur en kan OG om die reden weigeren de factuur in behandeling te nemen (§ 36 lid 3 UAV-GC).

Redelijke opslag – Dijkverstevigingsproject KIS

In deze zaak komt subsidiair de discussie aan de orde of het vaste opslagpercentage van 10% voor op te dragen wijzigingen, dat partijen zijn overeengekomen in afwijking van de "redelijke opslag" uit § 45 lid 2 UAV-GC, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) alsook ingevolge algemene beginselen van behoorlijk bestuur (met name het zorgvuldigheidsbeginsel; art. 3:4 lid 2 Awb) onaanvaardbaar is.¹³⁴ Deze discussie ligt in het verlengde van het debat over het beroep op onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW). Essentie van het betoog van ON is (1) dat de overheid een overheersende contractpartij is, (2) dat sprake is van een aanbesteed contract, waarbij OG de voorwaarden dicteert en ON daarover niet kan onderhandelen, en (3) dat

123 RvA 28 mei 2021, nr. 36.811, alinea's 19-28.

124 RvA 28 mei 2021, nr. 36.811, alinea's 33-37.

125 RvA 28 mei 2021, nr. 36.811, alinea's 38-40; 64-65; 71-75.

126 RvA 28 mei 2021, nr. 36.811, alinea's 47-49.

127 RvA 28 mei 2021, nr. 36.811, alinea's 61-66. Vgl. alinea 8 onder e.

128 RvA 28 mei 2021, nr. 36.811, alinea 76.

129 RvA 28 mei 2021, nr. 36.811, alinea 81-84.

130 RvA 28 mei 2021, nr. 36.811, alinea 90-94.

131 Rb. Rotterdam 4 augustus 2021, ECLI:NLRBROT:2021:8068.

132 Rb. Rotterdam 4 augustus 2021, ECLI:NLRBROT:2021:8068, r.o. 4.31.

133 Rb. Rotterdam 4 augustus 2021, ECLI:NLRBROT:2021:8068, r.o. 2.20. De vraag is wellicht nog of in de aanmaning op correcte wijze is gewezen op de renteverhoging vanaf 14 dagen na de aanmaning. Dat blijkt niet sluitend uit r.o. 2.20.

134 Rb. Gelderland 25 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6300.

opslagpercentages van 25% tot 35% gebruikelijk zijn, dus dat een opslagpercentage van 10% onredelijk is.

De rechtbank stelt vast dat ON een bekende aannemer is in de markt met de nodige ervaring. Dat desondanks de overheid moet gelden als overheersende contractpartij, acht de rechtbank onvoldoende onderbouwd.¹³⁵ Ook het argument dat OG de voorwaarden dicteert en ON daarover niet heeft kunnen onderhandelen wordt gepasseerd. De rechtbank wijst erop dat ON tijdens de inlichtingenrondes vragen had kunnen stellen en bezwaren had kunnen uiten, maar dat heeft nagelaten.¹³⁶ Ten slotte brengt het enkele feit dat opslagpercentages tussen 25% en 35% gebruikelijk zouden zijn, niet mee dat een overeengekomen percentage van 10% onaanvaardbaar is in de zin van artikel 6:248 BW en/of in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹³⁷

Overleggen actuele planning - Vakantiepark Veerse Kreek

De Veerhoeve ontwikkelt een vakantiepark waarin in drie fasen 281 vakantiehuizen worden gerealiseerd.¹³⁸ Voor het engineeren en realiseren van deze huizen sluit De Veerhoeve met Tetteroo (ON) een Engineering & Build overeenkomst. De bedoeling is dat de huizen steeds pas worden gerealiseerd nadat deze zijn verkocht. De Veerhoeve sluit met de betreffende koper een koopovereenkomst en ON sluit met de koper rechtstreeks een aannemingsovereenkomst onder Woningborggarantie, waarna de E&B Overeenkomst tussen De Veerhoeve en ON ter zake die woning partieel wordt ontbonden. In de Vraagspecificatie is bepaald dat ON (i) een overall planning moet opstellen van het gehele project, voor de ontwerp- en uitvoeringsfase, (ii) deze moet actualiseren als de voortgang van de werkzaamheden op het kritieke pad meer dan twee weken afwijkt van de geplande voortgang en (iii) per fase (ontwerp en realisatie) een detailplanning opstelt en actueel houdt.¹³⁹

Tussen partijen spelen verschillende discussies over scope van de opdracht en door ON in rekening gebrachte kosten. Deze discussies blijven in het kader van het door De Veerhoeve aanhangig gemaakte kort geding buiten beschouwing. Ook spelen discussies over onder meer kwaliteit van het werk en vertraging die ook niet in het kort geding worden beslecht. Het project ligt een tijdje stil, mede vanwege een door een derde jegens ON uitgeoefend retentierecht waardoor de toegang tot het bouwterrein was afgesloten en de stelling van ON dat hij niet de liquiditeit zou hebben om de werkzaamheden in volle omvang uit te voeren.¹⁴⁰

In dit kort geding, waarin komt vast te staan dat het retentierecht inmiddels was opgeheven, vordert De Veerhoeve

(o.a.) ON te veroordelen om binnen 14 dagen na betekening van het vonnis een actuele en redelijke overallplanning en actuele en redelijke detailplanningen te verstrekken, op straffe van een dwangsom. Deze vordering wordt toegewezen. De voorzieningenrechter oordeelt dat van ON mag worden verwacht dat hij, gezien het doel en de strekking van de E&B Overeenkomst, De Veerhoeve op de hoogte houdt van zijn actuele planning ten behoeve van de voortgang van het project, ook voor wat betreft de (bouw van) verkochte woningen. De Veerhoeve wenst een overallplanning en detailplanningen te ontvangen in de vorm van dan wel hetzelfde detailniveau zoals ON hem in een eerder stadium heeft verstrekt. Nu ON niet heeft betwist dat dergelijke planningen eerder door hem in die vorm zijn verstrekt, kan van hem worden verlangd om de actuele planningen op dezelfde wijze door te geven.¹⁴¹

Daarmee zijn we aan het einde gekomen van deze kroniek. Wij zijn benieuwd naar reacties van lezers.

135 Rb. Gelderland 25 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6300, r.o. 4.9.

136 Rb. Gelderland 25 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6300, r.o. 4.10.

137 Rb. Gelderland 25 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6300, r.o. 4.11.

138 Rb. Rotterdam 11 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:10962.

139 Rb. Rotterdam 11 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:10962, r.o. 2.3.

140 Rb. Rotterdam 11 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:10962, r.o. 4.6.

141 Rb. Rotterdam 11 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:10962, r.o. 4.7.