

## Kroniek UAV-GC uitspraken 2022

### BR 2023/58

#### 1. Inleiding

Voor het zesde jaar op rij brengen wij de kroniek UAV-GC uitspraken over het voorgaande jaar uit. In deze kroniek bespreken wij twintig arbitrale en civiele uitspraken.<sup>2</sup> Dat doen wij aan de hand van een aantal thema's: kenmerken UAV-GC, informatie (inclusief bodemaspecten), Toetsing en Acceptatie, Wijzigingen, termijnverlenging en vertraging, aanspraken op grond van § 44 UAV-GC, ontbinding en opzegging, oplevering en gebreken, *back-to-back* en varia. Enkele uitspraken 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 (nog steeds) de enige versie van deze set algemene voorwaarden is die in de jurisprudentie in 2022 aan de orde is geweest, laten wij het jaartal 2005 in deze kroniek achterwege. Of en wanneer de herziene versie van de UAV-GC wordt gepubliceerd, is bij het schrijven van deze kroniek onbekend. Dat wil niet zeggen dat 'de markt' niet in beweging is. Diverse 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. In de praktijk wordt die rolverdeling niet altijd onderkend of gerespecteerd. In 2021 zijn twee uitspraken gepubliceerd die aan deze casuïstiek kunnen worden gerelateerd.

##### Windpark Nieuwe Waterweg

OG verstrekt opdracht voor het ontwerpen en realiseren van toegangswegen, kraanopstelplaatsen en windturbinefundaties. Tijdens de uitvoering blijkt dat het ontwerp van het Werk (de kraanopstelplaatsen) niet voldoet en dat het Werk

alleen bruikbaar is na het treffen van kostbare, aanvullende voorzieningen. ON weigert deze aanvullende voorzieningen te realiseren, ook na in verzuim te zijn geraakt. Bijgevolg wordt het Werk later dan overeengekomen opgeleverd. OG vordert ON te veroordelen tot betaling van de kosten van het aanbrengen van deze voorzieningen. Grondslag is de correcte nakoming van de Basisovereenkomst. Daarnaast maakt OG aanspraak op vergoeding van stagnatieschade, en betaling van de contractuele boete.<sup>3</sup>

De rechtbank overweegt dat ON verplicht is het Werk uit te voeren in overeenstemming met de Vraagspecificatie. De bijzonderheid in dit geschil is dat de Vraagspecificatie bestaat uit de Aanbieding van ON. Dat is bijzonder omdat op grond van § 1 onder q UAV-GC onder de Vraagspecificatie wordt verstaan: "het als zodanig in de Basisovereenkomst aangemerkte contractdocument dat door of namens de Opdrachtgever is vervaardigd, op basis waarvan de Opdrachtnemer zijn Aanbieding heeft opgesteld en ingediend."

Het van de Aanbieding deel uitmakende ontwerp voldeed niet, zo bleek na realisatie, aangezien het onmogelijk was om met dit ontwerp het Werk zo te realiseren dat het Werk op de door OG bedoelde wijze kon worden gebruikt. OG wordt niet in zijn stelling gevolgd dat hij mocht verwachten dat het Werk zou voldoen aan de daaraan gestelde gebruikseisen. OG heeft namelijk de Aanbieding tot de zijne gemaakt en als Vraagspecificatie gebruikt. OG kon slechts verwachten dat ON de in de Aanbieding opgenomen constructie tegen de overeengekomen prijs zou realiseren. ON heeft mogen begrijpen dat OG daarmee de ontwerpverantwoordelijkheid voor het Werk zou overnemen. Dat ON vervolgens niet bereid was om voor eigen rekening het ontwerp aan te passen, en het Werk conform het gewijzigde ontwerp aan te passen, levert geen tekortkoming van ON op. De vertraging in de oplevering komt bij deze stand voor rekening van OG. De gevorderde schadevergoeding wordt afgewezen.<sup>4</sup>

##### Hollandse Delta

Boskalis (ON) en het Waterschap Hollandse Delta (OG) sluiten op 5 januari 2015 een Basisovereenkomst met betrekking tot het Werk Dijkversterking Hoeksche Waard Zuid. Op de Basisovereenkomst zijn de UAV-GC van toepassing. De overeengekomen opleverdatum is 31 december 2016. ON diende het door OG aangereikte Definitief Ontwerp (DO) uit te werken tot Uitvoeringsontwerp (UO) en over een lengte van elf kilometer werkzaamheden uit te voeren voor het versterken van de dijken.<sup>5</sup> ON past zand toe in het grondlichaam van de door hem te versterken dijken. OG heeft niet ingestemd met het toepassen van zand.

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

2 In Rechtbank Noord-Nederland 13 oktober 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:3677, werd een beroep op §44 UAV-GC gepasseerd omdat partijen zich nog in de aanbestedingsprocedure bevonden en die paragraaf dus nog niet van toepassing werd geacht. Daarom behandelen wij deze uitspraak niet.

3 Rechtbank Rotterdam 30 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:2419, r.o.3.1.

4 Rechtbank Rotterdam 30 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:2419, r.o. 4.4, 4.9, 4.10, 4.12 en 4.15.

5 Rechtbank Rotterdam 14 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7953, r.o.3.13.

ON en OG discussiëren over de vraag of ON daarmee is afgeweken van de overeenkomst en, zo ja, of die afwijking was toegestaan.<sup>6</sup> De rechtbank legt de verschillende contractdocumenten uit<sup>7</sup> en komt tot de conclusie dat het grondlichaam diende te bestaan uit klei.<sup>8</sup> ON is, door zand toe te passen, afgeweken van de overeenkomst. Bij de vervolgvraag – mocht ON afwijken van de overeenkomst? – stelt de rechtbank de systematiek van de UAV-GC voorop. De rechtbank overweegt als volgt:<sup>9</sup>

“Voor de vraag of Boskalis mocht afwijken van de overeenkomst, moeten de UAV-GC 2005 worden geraadpleegd. De toevoeging –GC staat voor geïntegreerde contracten. Bij de UAV-GC draagt de opdrachtnemer een deel van het risico, voornamelijk het ontwerprisico, in tegenstelling tot de UAV waar de opdrachtgever vaak een groot gedeelte van het ontwerprisico draagt. Nog een verschil met de UAV is dat de vraag van de opdrachtgever en de uitwerking ervan in de UAV-GC meer functioneel worden beschreven in plaats van gedetailleerd. De opdrachtgever beschrijft hierbij de verwachtingen, de opdrachtnemer bepaalt hoe deze gerealiseerd zullen worden. Een ander verschil met de UAV is dat de opdrachtgever bij de UAV-GC veel minder betrokken is bij de handhaving. De opdrachtgever heeft een veel afstandelijkere rol. Daar staat tegenover dat toetsing en acceptatie belangrijk is voor de betrokkenheid van de opdrachtgever bij de realisatie van het werk. In het onderhavige geval is in dat verband een acceptatieplan overeengekomen (3.8).”

Het gevolg van deze rolverdeling komt in paragraaf 5 onder ‘Hollandse Delta’ aan de orde.

### 3. Informatie (inclusief bodemaspecten)

Informatieverplichtingen van OG blijven een bron van discussie. §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.<sup>10</sup> Voorbeelden zijn de informatieverstrekking van OG en § 14 Wijzigingen. In het niet of onjuist verstrekken van informatie kan grond gelegen zijn de 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 termijnverlenging,<sup>11</sup> 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 § 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 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 lijdt uitzondering indien ON op of voor het moment van totstandkoming van de Overeenkomst op de hoogte was of behoorde te zijn van die verontreiniging.

#### Stadskantoor Heerlen

Met een Europese aanbestedingsprocedure door middel van een concurrentiegerichte dialoog hebben de gemeente Heerlen (OG) en ON een UAV-GC-overeenkomst gesloten. Het betrof het maken van een ontwerp, de uitvoering en het onderhoud van het raadshuis (renovatie) en stadskantoor (sloop en nieuwbouw) te Heerlen.<sup>12</sup> Tijdens de dialoofase heeft OG aan ON op diens verzoek technische informatie over het stadskantoor verschaft. Dit ging onder meer om tekeningen waarop vloeren zichtbaar waren en een adviesrapport van een ingenieursbureau over mogelijk hergebruik van de bestaande fundering. ON heeft zijn aanbestedingsontwerp, met name de fundering daarvan, opgesteld mede op basis van deze informatie en aannames die ON daaraan ontleende. Tijdens de uitvoering bleek de feitelijke situatie af te wijken van deze informatie en aannames. De fundering moest daardoor ingrijpend worden aangepast, met aanzienlijke kosten en zeventien weken extra bouwtijd tot gevolg. ON dient een verzoek tot wijziging (‘VTW’) in, waarin aanspraak werd gemaakt op vergoeding van deze kosten en termijnverlenging door ON, gebaseerd op §3 lid 2 en §44 lid 1 sub b en c UAV-GC. OG betwist aansprakelijkheid.

De rechtbank oordeelt dat de situatie weliswaar afweek van de door OG verschaft informatie, en dat OG daarvoor verantwoordelijkheid draagt, maar dat desondanks OG niet aansprakelijk is jegens ON. De rechtbank betreft daarbij de

6 Rechtbank Rotterdam 14 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7953, r.o.5.1.

7 Onder verwijzing naar Hoge Raad 16 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4602.

8 Rechtbank Rotterdam 14 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7953, r.o.5.9.

9 Rechtbank Rotterdam 14 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7953, r.o.5.10.

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

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

12 Rechtbank Limburg 22 december 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:9942.

vraag welke aannames ON aan die informatie heeft ontleend en of ON wel terecht tot die aannames mocht komen.

De rechtbank stelt voorop dat ON verantwoordelijk is voor alle in verband met het ontwerp genomen beslissingen en daaruit voortvloeiende consequenties van bij nader inzien verkeerde beslissingen, tenzij ON daartegenover een deugdelijke reden stelt en komt vast te staan dat OG verantwoordelijk is.<sup>13</sup> De rechtbank volgt ON niet in zijn verweer dat ON niet heeft kunnen beschikken over een ruime mate van informatie.<sup>14</sup> De door OG verstrekte informatie (naast andere beschikbare informatie en eigen berekeningen) waren namelijk voldoende om het ontwerp op te baseren. De rechtbank motiveert dit oordeel daarbij niet strak langs de lijnen van § 3 lid 1 UAV-GC. Wel merkt de rechtbank op dat ON niet had gesteld dat OG zelf over deze gegevens beschikte. De rechtbank constateert dat ON OG niet heeft verzocht om zelf onderzoek uit te mogen voeren. Als de informatie over de ondergrond zo cruciaal was, dan had het op de weg van ON gelegen om dat heel duidelijk te maken en om van OG medewerking te verlangen.<sup>15</sup>

Dan komt de rechtbank toe aan de door OG verschaftte onjuiste informatie, bestaande uit een tekening en een rapport van een adviesbureau. De tekening bevatte een onjuiste dikte van de keldervloer. Terecht wordt dit aangemerkt als een verantwoordelijkheid van OG. De rechtbank merkt op dat ON op alle in een tekening opgenomen informatie mag vertrouwen, tenzij OG een duidelijk voorbehoud maakt over beperkt gebruik dat daarvan mag worden gemaakt.<sup>16</sup> De rechtbank vervolgt dat aansprakelijkheid van OG daarmee echter nog niet is gegeven. Weliswaar kan een dikte zijn gegeven, maar dat zegt nog niets over de samenstelling en belastbaarheid. De rechtbank stelt vast dat ON ter zake daarvan aannames heeft gedaan, die zij had moeten verifiëren; ON had voorzichtiger moeten zijn.<sup>17</sup>

In dit verband overweegt de rechtbank dat het rapport voor een bepaalde context was geschreven, namelijk het mogelijk gebruik kunnen maken van de bestaande fundering. ON had bij gebruik van dat rapport buiten die context voorzichtigheid moeten betrachten.<sup>18</sup> De opstellers waren er immers niet op bedacht dat hun rapport zou kunnen worden gebruikt om er een volledig afwijkend funderingsontwerp op te baseren. Die voorzichtigheid had ertoe moeten leiden dat ON de opstellers zou bevragen over de interpretatie van de informatie in het rapport in relatie tot het door ON beoogde funderingsontwerp.<sup>19</sup> Mogelijk hangt dit oordeel samen

met de aansprakelijkheidsregeling omtrent de bodem (§ 13 UAV-GC), zie ook de overwegingen inzake de belastbaarheid van de keldervloer en de kwaliteit van de ondergrond,<sup>20</sup> maar daarover vermeldt het vonnis niets.

De rechtbank concludeert dat ON verstrekkende aannames heeft gedaan op basis van weinig informatie, waarbij ON er onvoldoende rekening mee heeft gehouden dat die aannames nadien onvoldoende gefundeerd zouden blijken. ON heeft onvoldoende initiatieven ondernomen om ervoor te zorgen dat ON zijn ontwerp kon baseren op meer betrouwbare informatie.<sup>21</sup>

#### Bagger en aanzanding 843a incident informatie OG

Tussen partijen is een geschil ontstaan in het kader van het Werk betreffende de verruiming van een vaarweg. ON stelde in eerste aanleg dat tijdens de uitvoering aanzienlijke afwijkingen ten opzichte van de door OG verstrekte informatie aan het licht zijn gekomen. Het ging om een afwijking van de zandkwaliteit: de mediane zandkorrelgrootte bleek minder dan 200 µm te zijn, terwijl ON op basis van de bij aanbesteding verstrekte grondbalans een mediane korrelgrootte van 358 µm heeft berekend.<sup>22</sup>

In eerste aanleg volgen arbiters 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 UAV-GC, 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 omdat daarin geen aanspraak werd gemaakt op kostenvergoeding en bovendien die mededeling niet kon worden aangemerkt als een melding zoals § 44 lid 5 UAV-GC die vereist. Ten overvloede wijzen arbiters ook inhoudelijk het beroep op § 44 lid 1 sub b en c UAV-GC af. ON zou ten onrechte een te eenvoudige berekeningswijze hebben gehanteerd voor de vaststelling van de mediane korrelgrootte van het te baggeren zand. In eerste aanleg was niet gebleken van te beperkte informatieverstrekking door OG en kwam de onjuiste interpretatie voor rekening en risico van ON.<sup>23</sup>

ON leidt het hoger beroep in met een vordering tot overlegging van bescheiden op de voet van art. 843a Rv. Zij verzoekt om deze stukken ter onderbouwing van haar stelling dat OG onvolledige en/of onjuiste informatie heeft verstrekt en om haar deskundige Crux in staat te stellen om een volwaardige contra-expertise op te stellen.<sup>24</sup> ON wenst zich – zo

13 Rechtbank Limburg 22 december 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:9942, r.o.4.7.

14 Rechtbank Limburg 22 december 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:9942, r.o.4.8.

15 Rechtbank Limburg 22 december 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:9942, r.o.4.9.

16 Rechtbank Limburg 22 december 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:9942, r.o.4.11.

17 Rechtbank Limburg 22 december 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:9942, r.o.4.12.

18 Rechtbank Limburg 22 december 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:9942, r.o.4.14.

19 Rechtbank Limburg 22 december 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:9942, r.o.4.14.

20 Rechtbank Limburg 22 december 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:9942, r.o.4.15 en 4.16.

21 Rechtbank Limburg 22 december 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:9942, r.o.4.17.

22 RvA 11 mei 2022, nr. 72.258. Zie voor het vonnis in eerste aanleg, RvA 10 mei 2021, besproken in de Kroniek 2021 § 6 onder 'Bagger en aanzanding', BR 2022/64.

23 RvA 11 mei 2022, nr. 72.258. Zie voor het vonnis in eerste aanleg, RvA 10 mei 2021, besproken in de Kroniek 2021 § 6 onder 'Bagger en aanzanding', BR 2022/64, alinea's 9 en 10.

24 RvA 11 mei 2022, nr. 72.258. Zie voor het vonnis in eerste aanleg, RvA 10 mei 2021, besproken in de Kroniek 2021 § 6 onder 'Bagger en aanzanding', BR 2022/64, alinea 31.

lijkt het – (ook) in hoger beroep te gaan beroepen op § 3 lid 1 en 2 UAV-GC. Arbiters wijzen de exhibitievordering toe.

ON stelt dat OG belangrijke informatie heeft achtergehouden en nu nog achterhoudt. Deze informatie betreft relevante gegevens over de bodemgesteldheid en omvat in ieder geval de door (deskundige) Medusa gebruikte informatie bij het opstellen van het Memo Medusa maart 2021, waaronder een 3D-bodemmodel.<sup>25</sup> OG stelt dat de gevraagde stukken al bij aanbesteding waren verstrekt dan wel openbare informatie betreffen die hij niet hoeft te verstrekken.<sup>26</sup> OG betwist informatie te hebben achtergehouden en beschikt naar eigen zeggen niet over een 3D-bodemmodel.<sup>27</sup> Appellarbiters stellen vast dat niet in geschil is dat de door Medusa voor haar Memo Medusa maart 2021 gebruikte informatie, bepaalde stukken zijn aangaande de rechtsbetrekking tussen partijen en derhalve stukken zijn die op het geschil betrekking hebben. Nu Medusa deze stukken heeft gebruikt, achten appellarbiters het aannemelijk dat OG over deze informatie beschikt en ON toegang kan verstrekken tot deze informatie.<sup>28</sup> ON heeft een rechtmatig, direct en concreet belang bij afgifte daarvan.

#### Tunnel Rijnlandroute

De provincie Zuid-Holland (OG) en ON sloten na een concurrentiegerichte dialoog een overeenkomst voor het ontwerp, de aanleg en het meerjarig onderhoud van de nieuwe N434 met een geboorde tunnel onder Voorschoten.<sup>29</sup> Het betrof geen op de UAV-GC gebaseerde overeenkomst. Daaraan gerelateerde geschillen komen dan ook niet aan bod. Wel bevat de uitspraak elementen die voor UAV-GC geschillen van belang kunnen zijn. Vandaar dat wij ons de vrijheid permitteren deze uitspraak te behandelen.

OG had een referentie-ontwerp gemaakt en daarop het Provinciaal Inpassingsplan ('PIP') gebaseerd. Tijdens de dialoofase wees een van de inschrijvers erop dat de breedtes van de tunnel in het referentie-ontwerp afweken van die in het PIP.<sup>30</sup> Pas na de gunning werd het ON duidelijk dat het referentie-ontwerp niet uitvoerbaar was binnen de grenzen van het PIP. ON stelt dat OG zijn mededelings- en waarschuwingsplicht heeft geschonden door ON daarover niet (duidelijk) te informeren. ON stelt daardoor (primair)

te zijn bedrogen en misleid, althans door toedoen van OG te hebben gedwaald.<sup>31</sup>

De rechtbank volgt ON daarin voorshands. Hoewel OG weliswaar had meegedeeld dat de tunnel binnen de grenzen van het PIP diende te worden gerealiseerd, is de rechtbank van oordeel dat OG daarmee niet, althans niet voldoende, aan zijn mededelingsplicht had voldaan, omdat uit die mededeling onvoldoende blijkt dat er een verschil zit in het referentie-ontwerp en het PIP.<sup>32</sup> Volgens de rechtbank had OG alle inschrijvers nadrukkelijk dienen te waarschuwen voor het verschil in maatvoering.<sup>33</sup> Nadat een van de gegadigden een verschil in maatvoering tussen het referentie-ontwerp en het PIP had gesignaleerd, had het op de weg van OG gelegen aan alle gegadigden kenbaar te maken dat het referentie-ontwerp en het PIP tegenstrijdig waren en dat de maten van het referentie-ontwerp dus niet konden worden aangehouden.

In plaats daarvan heeft OG zonder die essentiële informatie te vermelden een mededeling gedaan waarvan de bedoeling eerder lijkt te zijn geweest geen slapende honden wakker te maken en zich in te dekken dan om elk van de gegadigden van gelijke informatie te voorzien, aldus de rechtbank.<sup>34</sup> Als alleen naar de door OG tijdens de aanbestedingsprocedure verstrekte schriftelijke informatie wordt gekeken, moet worden aangenomen dat OG essentiële informatie over de maatvoering bewust voor andere gegadigden onvoldoende kenbaar heeft gemaakt en hen daarmee onvoldoende heeft gewaarschuwd voor de mogelijk zeer nadelige gevolgen daarvan. Dit betekent dat voorshands moet worden aangenomen dat OG zijn spreekplicht heeft geschonden.<sup>35</sup>

#### 4. Toetsing en Acceptatie

Toetsing en Acceptatie spelen een afgebakende rol in het systeem van kwaliteitsborging onder de UAV-GC. Toetsing heeft primair tot doel OG inzicht te geven in de wijze waarop ON de Overeenkomst uitvoert. Acceptatie gaat een stap verder en houdt een verklaring van geen bezwaar in.<sup>36</sup> Zolang OG nog niet tot Acceptatie is overgaan, mag ON op grond van § 23 lid 9 UAV-GC niet verder met de betreffende Werkzaamheden. Zo nodig dient ON onverwijld voor eigen rekening de gronden voor weigering van Acceptatie weg te nemen, aldus § 23 lid 10 UAV-GC.

25 RvA 11 mei 2022, nr. 72.258. Zie voor het vonnis in eerste aanleg, RvA 10 mei 2021, besproken in de Kroniek 2021 § 6 onder 'Bagger en aanzanding', BR 2022/64, alinea 15.

26 RvA 11 mei 2022, nr. 72.258. Zie voor het vonnis in eerste aanleg, RvA 10 mei 2021, besproken in de Kroniek 2021 § 6 onder 'Bagger en aanzanding', BR 2022/64, alinea 26.

27 RvA 11 mei 2022, nr. 72.258. Zie voor het vonnis in eerste aanleg, RvA 10 mei 2021, besproken in de Kroniek 2021 § 6 onder 'Bagger en aanzanding', BR 2022/64, alinea 27.

28 RvA 11 mei 2022, nr. 72.258. Zie voor het vonnis in eerste aanleg, RvA 10 mei 2021, besproken in de Kroniek 2021 § 6 onder 'Bagger en aanzanding', BR 2022/64, alinea 30.

29 Rechtbank Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6881.

30 Rechtbank Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6881, r.o.2.4.

31 Rechtbank Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6881, r.o.4.3.

32 Rechtbank Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6881, r.o.4.8.

33 Rechtbank Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6881, r.o.4.9.

34 Rechtbank Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6881, r.o.4.8.

35 Rechtbank Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6881, r.o.4.8.

36 § 1 aanhef en onder b UAV-GC en Toelichting UAV-GC, p. 67.

## Wintrack II

In 2022 werden een tussenvonnis en een eindvonnis gepubliceerd in de *Wintrack II*-zaak.<sup>37</sup> Die zaak haalden wij vorig jaar aan in de context van een exhibitie-incident.<sup>38</sup> In een notendop komt de zaak erop neer dat TenneT (OG) overeenkomsten met Heijmans-Europoles (ON) inzake het ontwerp en de realisatie van Wintrack II hoogspanningsmasten buitengerechtelijk heeft ontbonden. Het Mastontwerp 1.0 voldeed niet aan de contractuele eisen, althans, dit is niet aangetoond. Partijen voeren een discussie over Toetsing en Acceptatie alsook over een Wijziging. De financiële omvang daarvan loopt in de miljoenen.

Eis MC051a uit de Vraagspecificatie speelt een belangrijke rol: *“Bolted flange connections between pole segments and base segment and foundation shall remain pressured over the complete circumferential up to at least maximum SLS loading. This shall be proven by full scale component tests. The pressure contact zone in these connections shall be and remain located between the tower wall and the bolts.”* Arbiters volgen OG dat deze eis voor hem essentieel is.<sup>39</sup> Volgens ON voldoet zijn Mastontwerp 1.0 aan deze eis, hetgeen hij heeft aangetoond, althans heeft hij daarin een redelijk inzicht gegeven. Volgens OG is dat niet het geval.<sup>40</sup>

Arbiters stellen voorop dat §20 lid 1 UAV-GC de bevoegdheid tot Toetsing in beginsel begrensd is tot die aspecten van de kwalificaties van de hulppersonen en de Ontwerpdocumenten waarvan OG in de Vraagspecificatie heeft aangegeven dat hij ze wenst te toetsen op het voldoen aan de eisen die voortvloeien uit de Overeenkomst.<sup>41</sup> Die begrenzing staat er niet aan in de weg dat OG mag toetsen of de kwaliteitsborging plaatsvindt overeenkomstig (deel)kwaliteitsplannen van ON en de overige eisen die gelet op de aard en inhoud van de Overeenkomst aan kwaliteitsborging gesteld kunnen worden.<sup>42</sup> Daarbij hebben arbiters het oog op het slot van lid 1 en lid 2 van §20 UAV-GC alsook de toelichting daarop.<sup>43</sup>

OG mocht Acceptatie van Mastontwerp 1.0 weigeren.<sup>44</sup> Hoewel OG geen berekeningsmethodiek heeft voorgeschreven, laat dit onverlet dat ON *“berekeningen had dienen over te leggen waaruit op een voor opdrachtgeefster controleerbare wijze te herleiden zou zijn of aan eis MC051a werd voldaan”*. Gelet op het essentiële belang van eis MC051a, hoefde OG geen genoegen te nemen met het bieden van *“redelijk inzicht”*. OG mocht verlangen dat ON (betrouwbaardere) 3D-berekeningen zou uitvoeren in plaats van 2D-berekeningen en deze bij zijn verzoek tot Acceptatie zou

overleggen. Anders was het voor OG onvoldoende controlebaar of aan MC051a zou worden voldaan. Dit te meer daar ON aanvankelijk had aangegeven dat geen sprake zou zijn van een kier tussen voetplaatverbindingen, om vervolgens te erkennen dat kiervorming mogelijk niet zou optreden. Ook achten arbiters relevant dat ook adviseurs van ON na weigering van het Mastontwerp 1.0 alsnog 3D-berekeningen hebben uitgevoerd.

Arbiters passeren de stelling van ON dat de weigering niet voldoet aan de eisen uit §23 lid 8 UAV-GC. Het was voor ON, zeker in het licht van de eerdere correspondentie en Toetsdocumenten, duidelijk waarom Acceptatie werd geweigerd. Dat ON daarna 3D-berekeningen liet uitvoeren, doet aan de rechtmatigheid van de weigering niet af, omdat die berekeningen toen nog niet beschikbaar waren. Maatgevend is of OG op basis van de toen beschikbare informatie in redelijkheid tot weigering van Acceptatie kon besluiten.<sup>45</sup>

In hun oordeel wegen arbiters de handelswijze van ON mee. Volgens arbiters heeft ON ervoor gekozen om gebreken weg te nemen (§23 lid 10 UAV-GC). Dit baseren zij op de volgende aspecten: ON heeft niet (onverwijld) bezwaar aangetekend tegen de weigering; ON heeft Mastontwerp 1.0 niet opnieuw ter Acceptatie ingediend; ON is niet naar de Raad van Deskundigen gegaan (§ 23 lid 12 UAV-GC), maar heeft wel een verzwaard Mastontwerp 2.0 ter Acceptatie ingediend. Dit terwijl OG geen instructie of opdracht had gegeven of Wijziging had opgedragen. Ten aanzien van het Mastontwerp 2.0 staat niet ter discussie dat dit wel voldoet aan de eisen uit de Overeenkomst (onder voorbehoud van validatie van het rekenkundige bewijs door een *full scale test*, zoals vereist in MC051A). Arbiters volgen OG dat dit Mastontwerp een door ON gekozen oplossing betreft om de redenen voor weigering weg te nemen. ON komt geen aanspraak toe op kostenvergoeding en/of termijnverlenging uit hoofde van §23 lid 16 UAV-GC.<sup>46</sup>

## 5. (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 eerdere jaren constateerden wij dat geschilbeslechtters niet in alle omstandigheden onverkort vasthouden aan die regelingen, maar maatwerk bieden waarbij zij met name acht slaan op het gedrag van partijen tijdens de uitvoering van het contract.<sup>47</sup> In de vorig jaar gepubliceerde jurisprudentie wordt in de meeste gevallen relatief strak de hand gehouden aan § 14 UAV-GC. En net als vorig jaar is de nodige aandacht voor § 15 Wijzigingen: Wijzigingen die aan de orde (behoren te) komen, onder meer indien sprake is van een noodzakelijke aanpassing ten gevolge van een fout van ON of risico dat tot de verantwoordelijkheidssfeer van ON behoort. Indien ON bijvoorbeeld moet

37 RvA 3 mei 2021, nr. 36.699 (eind- en tussenvonnis) en RvA 7 april 2022, nr. 36.699 (eindvonnis).

38 RvA 13 januari 2021, nr. 36.699. Zie § 9 Kroniek UAV-GC uitspraken 2021 (BR 2022/64) onder ‘Overlegging bescheiden – Wintrack II’.

39 Alinea’s 97, 163, 167 en 184 tussenvonnis.

40 Zie onder meer alinea’s 14, 26-33 tussenvonnis.

41 Zie alinea 161 tussenvonnis en §20 lid 1 UAV-GC.

42 Zie alinea 162. Zie voor wat betreft de toelichting p. 69.

43 Vgl. de verwijzing in alinea 167 naar “het toetsen van de kwaliteitsborging van de Ontwerpwerkzaamheden”.

44 Tussenvonnis, alinea’s 165-167.

45 Tussenvonnis, alinea’s 167-168.

46 Alinea’s 168-176 tussenvonnis.

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

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 termijnverlenging kan doen gelden.

#### Waterremmende laag gebrekkig?

Onderaannemer A. (OA) heeft zich jegens zijn opdrachtgever C. verbonden tot het aanbrengen van een waterremmende laag in vier tijdelijke bouwkuipen. De aanneemsom van OA bedraagt € 38.000. In de (onder)aannemingsovereenkomst is afgesproken dat OA zich bereid verklaart 'teveel aan lekwater door haar waterremmende laag' af te pompen. Het 'normale lekwater' door de waterremmende laag, damwandsloten en freatisch water 'is voor C.'

C. is zelf onderaannemer van D. en heeft in opdracht van D. damwanden aangebracht ten behoeve van de ontgraving door D.<sup>48</sup> Na voltooiing van het werk door OA, ondervond D. problemen door toetreding van water in de vier bouwkuipen. D. hield zijn onderaannemer C. hiervoor verantwoordelijk. C. heeft op zijn beurt OA aangesproken.

OA heeft in opdracht van C. beheersmaatregelen getroffen en de bemaling verzorgd, waarna de ontgraving door D. van de vier bouwkuipen alsnog met succes is afgerond. C. heeft OA voor deze aanvullende werkzaamheden € 45.000 betaald. OA vordert echter circa € 300.000 in verband met de door OA uitgevoerde beheersmaatregelen. OA stelt (primair) dat sprake is van een Wijziging in de zin van § 14 UAV-GC. C. betwist niet dat opdrachten aan OA zijn verstrekt. C. meent dat hij geen vergoeding verschuldigd is omdat OA tekort is geschoten in zijn verplichtingen door een gebrekkige waterremmende laag aan te brengen en vordert in reconventie vergoeding van geleden schade.

Arbiters concluderen dat de opdracht aan OA om bemaling te verzorgen een § 14 Wijziging betreft.<sup>49</sup> In de onderaannemingsovereenkomst is niet opgenomen aan welke eisen de waterremmende laag moet voldoen, aan welke voorwaarden daarbij moet worden voldaan en hoe dat exact gemeten wordt.<sup>50</sup> Partijen zijn het erover eens dat filterbemaling (door C./D.) in alle bouwkuipen sowieso noodzakelijk zou zijn geweest. Het gaat immers om een waterremmende laag en niet om een waterdichte bouwkuip.<sup>51</sup> Arbiters achten het niet aannemelijk dat het verschil te wijten is aan een onvoldoende functionerende waterremmende laag.<sup>52</sup> De technische verklaring door het hoge debiet is te vinden in de omstandigheid dat in Z. diepwellbemaling nodig was om het spanningswater te verminderen, wat zorgt voor de verplaatsing van grote hoeveelheden grondwater.<sup>53</sup>

48 RvA 7 maart 2022, nr. 37.061, alinea 5.  
49 RvA 7 maart 2022, nr. 37.061, alinea 32.  
50 RvA 7 maart 2022, nr. 37.061, alinea 12.  
51 RvA 7 maart 2022, nr. 37.061, alinea 15.  
52 RvA 7 maart 2022, nr. 37.061, alinea 31.  
53 RvA 7 maart 2022, nr. 37.061, alinea 26.

#### Onderhoudswerkzaamheden

OG en ON ondertekenen in april 2015 de Basisovereenkomst met betrekking tot het meerjarig in stand houden van, monitoren van en informeren over de toestand van het Areaal, met upgradewerkzaamheden, in het beheersgebied van C. De discussie tussen ON en OG kan worden onderverdeeld in twee onderwerpen: een discussie over Wijziging en nakoming van gestelde afspraken over extra opdrachten voor variabel onderhoud.

Partijen discussiëren allereerst over de scope van het Werk. ON stelt dat dat hij in opdracht van OG werkzaamheden buiten de scope van de Basisovereenkomst heeft verricht, althans dat sprake is van meerwerk als bedoeld in art. 7:755 BW en § 14 jo. § 44 UAV-GC.<sup>54</sup> Dit betrof voornamelijk (onderhouds)werkzaamheden aan verhardingen, hemelwaterafvoer, geleideconstructie groen en verlichting. Arbiters beslissen – aan de hand van de scopeomschrijving uit de Basisovereenkomst,<sup>55</sup> de overige contractdocumenten<sup>56</sup> en het handelen van partijen<sup>57</sup> – dat de verrichte werkzaamheden onder de scope van de Basisovereenkomst vallen. De vordering van ON wordt daarom afgewezen.<sup>58</sup> Arbiters voegen daaraan toe dat ON de omvang van zijn vorderingen niet (deugdelijk) heeft onderbouwd.<sup>59</sup>

ON stelt verder dat OG in de detailbegroting van ON heeft kunnen zien dat bepaalde elementen niet in de prijs waren opgenomen en dus niet tot de scope van de Basisovereenkomst behoorden. OG heeft dat geaccepteerd, aldus ON.<sup>60</sup> Arbiters passeren deze stelling en voegen daaraan een overweging toe met betrekking tot de status van een Acceptatie. Zoals hierboven in paragraaf 4 toegelicht, behelst Acceptatie niet meer dan een schriftelijke mededeling van OG dat hij geen bezwaar heeft tegen hetgeen ON hem op basis van het acceptatieplan heeft voorgelegd. ON blijft verantwoordelijk voor het Document en door middel van Acceptatie heeft OG het document niet goedgekeurd. OG is op grond van de UAV-GC niet verplicht om – in dit geval – de detailbegroting van ON inhoudelijk te toetsen.<sup>61</sup> Van een waarschuwingsplicht van OG tegen fouten in de detailbegroting is evenmin sprake.<sup>62</sup>

In de tweede plaats stelt ON dat hij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat hij een aanzienlijk bedrag aan opdrachten van OG zou ontvangen voor variabel onderhoud (hierna: de Raamactiviteiten). Nu slechts een gering bedrag aan Raamactiviteiten in opdracht is gegeven, is ON van mening dat OG een deel van de gederfde omzet dient te vergoeden. Arbiters wijzen deze vordering af.<sup>63</sup> Er is door

54 RvA 15 maart 2022, nr. 37.120, alinea 7.  
55 RvA 15 maart 2022, nr. 37.120, alinea 25.  
56 RvA 15 maart 2022, nr. 37.120, alinea 26.  
57 RvA 15 maart 2022, nr. 37.120, alinea 27.  
58 RvA 15 maart 2022, nr. 37.120, alinea's 28 en 32.  
59 RvA 15 maart 2022, nr. 37.120, alinea 29.  
60 RvA 15 maart 2022, nr. 37.120, alinea 30.  
61 RvA 15 maart 2022, nr. 37.120, alinea 30.  
62 RvA 15 maart 2022, nr. 37.120, alinea 31.  
63 RvA 15 maart 2022, nr. 37.120, alinea 43.

OG geen omzet gegarandeerd en er is een prijs afgegeven op basis van indicatieve hoeveelheden, zodat ON niet gerechtvaardigd op een bepaalde omzet mocht vertrouwen.<sup>64</sup> De stelling dat OG ten onrechte Raamactiviteiten separaat heeft aanbesteed, is volgens arbiters onvoldoende onderbouwd.<sup>65</sup>

#### Onderdoorgang en voorplein

Tussen ON en ProRail (OG) is een geschil ontstaan in het project realisatie onderdoorgang en voorplein.<sup>66</sup> OG heeft termijnen ingehouden en opgelegd als boete vanwege de uitloop van een treinvrije periode (TVP) en vertraagde oplevering, zie nader paragraaf 6 in deze kroniek. ON vordert daarnaast betaling vanwege een aantal 'Verzoeken tot Wijziging' ('VTW's). Arbiters stellen voorop dat het aan ON is om voldoende met feiten te onderbouwen dat hij recht heeft op het gevorderde. Gelet op de gemotiveerde betwisting heeft ON zijn vordering onvoldoende aannemelijk gemaakt.<sup>67</sup> In alinea's 31 – 50 worden die VTW's besproken. Dit is zodanig feitelijk dat wij de inhoud hiervan niet geschikt achten voor verdere behandeling in deze kroniek.

#### Wintrack II

Hiervoor stonden wij al stil bij het *Wintrack II* tussen- en eindvonnis.<sup>68</sup> Kort gezegd oordelen arbiters dat OG terecht Acceptatie van Mastontwerp 1.0 heeft geweigerd en dat ON er door middel van Mastontwerp 2.0 voor heeft gekozen om de gebreken uit het eerste ontwerp weg te nemen, zodat ON geen aanspraak toekomt op kostenvergoeding en/of termijnverlenging uit hoofde van §23 lid 16 UAV-GC. In het verlengde hiervan ligt het oordeel dat het Mastontwerp 2.0 evenmin een Wijziging inhoudt. Feitelijk houden arbiters ON hier strak aan diens kernverplichting uit hoofde van §4 lid 1 UAV-GC.

ON stelde dat Mastontwerp 2.0 een verzwaard ontwerp inhield dat hij slechts tegen kostenvergoeding en termijnverlenging wilde uitvoeren.<sup>69</sup> Volgens arbiters heeft OG dit terecht geweigerd. Op geen enkele wijze is gebleken dat OG voor het verwerken van de gewijzigde ontwerpprincipes in het Mastontwerp 2.0 een aanwijzing of instructie heeft gegeven. OG heeft ter zake evenmin een Wijziging opgedragen. Daarbij is het arbiters onvoldoende gebleken van verzwaarde (contractuele) uitgangspunten die tot Mastontwerp 2.0 hebben geleid. ON heeft ten onrechte van OG verlangd een keuze te maken tussen Mastontwerp 1.0 en Mastontwerp 2.0, waarbij in het geval dat de keuze op Mastontwerp 2.0 zou vallen een substantiële bijbetaling moest worden gedaan. OG was niet tot die keuze gehouden.<sup>70</sup>

64 RvA 15 maart 2022, nr. 37.120, alinea 42.

65 RvA 15 maart 2022, nr. 37.120, alinea 46.

66 RvA 25 maart 2022, nr. 37.051.

67 RvA 25 maart 2022, nr. 37.051, alinea 30.

68 RvA 3 mei 2021, nr. 36.699 (eind- en tussenvonnis) en RvA 7 april 2022, nr. 36.699 (eindvonnis).

69 Alinea 14 onder w (p. 16 en 17 van het tussenvonnis onder het kopje 'Op weg naar morgen').

70 Alinea's 172-176 tussenvonnis.

#### RWZI Den Bosch

Opnieuw is er een uitspraak verschenen in het geschil tussen Besix (ON) en het Waterschap Aa en Maas (OG).<sup>71</sup> OG heeft opdracht verstrekt voor de renovatie van een RWZI.<sup>72</sup> ON heeft bij de aanbesteding voorgesteld om een innovatieve zuiveringsmethodiek toe te passen, waarmee achteraf bezien niet eens bij benadering aan de gestelde eisen zou kunnen worden voldaan. OG drong aan op wijziging van het Werk zodanig dat ON alsnog een Werk zou opleveren in overeenstemming met de gestelde eisen. Teneinde aan nakoming van de Basisovereenkomst te ontkomen, vordert ON om de aannemingsovereenkomst te ontbinden waar het gaat om de – op dat moment – toekomstige verbintenissen.

De rechtbank stelt eerst vast welke verplichtingen over en weer op OG en ON rusten. Vastgesteld wordt dat ON het Werk dient te ontwerpen en te realiseren conform de Vraagspecificatie én de Aanbieding. Voldoen aan beide is niet mogelijk. Het staat immers vast dat het technisch onmogelijk is om het Werk te realiseren op basis van de aangeboden zuiveringsmethodiek. ON meent dat een wijziging van de eisen nodig is, maar dat in verband met het wezenlijke karakter daarvan een nieuwe aanbestedingsprocedure noodzakelijk is. In de visie van OG is sprake van een gebrek en is ON contractueel verantwoordelijk voor herstel van dat gebrek. De rechtbank volgt OG, mede onder verwijzing naar §4 lid 1 UAV-GC. Het gebrek vindt zijn oorsprong in de Aanbieding. De aanvaarding van de Aanbieding door OG heeft niet tot gevolg dat OG verantwoordelijk is geworden voor dat gebrek.<sup>73</sup>

De rechtbank stelt vervolgens vast dat ON in het kader van het op hem rustende herstel verplicht is om een Wijziging ex § 15 UAV-GC in te dienen. ON dient ingevolge § 4 lid 5 UAV-GC en art. 6:2 BW al het nodige te doen om alsnog aan de overeengekomen eisen te voldoen. Met het opstellen van een aangepast ontwerp, en de in verband daarmee in te dienen § 15 Wijziging, wordt de overeenkomst niet wezenlijk gewijzigd, omdat ON in feite niets meer doet dan voldoen aan de overeengekomen eisen. Overigens is het in uitgangspunt aan ON om te bepalen hoe hij het ontwerp zo aanpast dat alsnog aan de eisen wordt voldaan, wat overigens een andersluidend oordeel is dan eerder in kort geding.<sup>74</sup>

#### Hollandse Delta

Dit vonnis bespraken wij eerder in paragraaf 2 inzake de kenmerken van een UAV-GC-overeenkomst. Nadat de rechtbank die kenmerken heeft geschetst, tot de conclusie is gekomen dat het grondlichaam diende te bestaan uit klei, terwijl ON zand heeft toegepast, bespreekt de rechtbank aan de hand van §15 UAV-GC of ON van de Overeenkomst mocht

71 Bij eerdere uitspraken stonden wij stil in de Kroniek 2021, § 4 (BR 2022/64) en de Kroniek 2020, § 4.2 (BR 2021/28).

72 Rechtbank Oost-Brabant 9 augustus 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:3246.

73 Rechtbank Oost-Brabant 9 augustus 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:3246, r.o.5.36-5.40.

74 Rechtbank Oost-Brabant 9 augustus 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:3246, r.o.5.41-5.46.

afwijken. ON mag afwijken van het UO, ook als het UO is getoetst of geaccepteerd door OG, mits deze Wijziging ter Acceptatie is voorgelegd (vgl. § 15 lid 2 jo. § 15 lid 3 sub c UAV-GC). Op grond van § 15 lid 4 UAV-GC kan OG de Wijziging vervolgens zonder opgave van redenen weigeren.<sup>75</sup> In dit geval staat vast dat ON de Wijziging niet ter Toetsing of Acceptatie heeft voorgelegd, zodat geen sprake is van een Wijziging. Het zonder toestemming wijzigen van de Overeenkomst waardoor het Werk niet voldoet aan de uit de Overeenkomst voortvloeiende eisen kwalificeert als een gebrek in de nakoming van de overeenkomst in de zin van §4 lid 1 UAV-GC.

#### ZSD bruggen Leiden

OG heeft na een aanbestedingsprocedure aan ON opgedragen tot groot onderhoud voor de Zijlbrug, de Spanjaardsbrug en de Doesmolenbrug, gelegen in Leiden en omgeving.<sup>76</sup> Na oplevering resteert er een discussie over de eindafrekening. ON maakt aanspraak op bijbetaling van dertien VTW's. OG maakt aanspraak op minderwerk. Aldus vormen feitelijk veertien VTW's onderwerp van geschil. Dat leidt tot een caleidoscoop van grondslagen. Allereerst stelt de rechtbank voorop dat de contractstukken conform objectieve maatstaven dienen te worden uitgelegd, omdat het een aanbestede overeenkomst betreft. De niet in de aanbestedingsstukken tot uitdrukking gebrachte opvatting van de aanbestedende dienst dienen buiten beschouwing te worden gelaten.<sup>77</sup> Daarnaast komen onder meer aan de orde de waarschuwingplicht van ON, alsook beroepen op § 3 lid 2, §14 lid 3, §14 lid 3, §44 lid 1 sub b jo §3, §44 lid 1 sub c UAV-GC. Nadat de aansprakelijkheid – al dan niet na betwisting<sup>78</sup> – is vastgesteld, komt per VTW uiteraard de omvang van de schadevergoeding aan bod. Wij staan stil bij enkele van de VTW's, die wij in het kader van deze kroniek het meest interessant vinden.

Een eerste discussie wordt gevoerd over de toepasselijkheid van de Richtlijn Ontwerpen Kunstwerken (ROK). De rechtbank oordeelt dat dit document van toepassing was omdat ernaar werd verwezen in het Functioneel en Technisch Programma van Eisen (FTPvE) dat onderdeel vormde van Annex III, met als status bindend document. Op grond daarvan is voldoende kenbaar dat ON de ROK diende toe te passen.<sup>79</sup> Een tweede discussie betrof de startdatum van installatieverantwoordelijkheid. Daarbij speelde een schematisch overzicht een rol, waarvan de rechtbank oordeelt dat dit overzicht onvoldoende aanknopingspunten bood om een bepaald moment als startmoment aan te wijzen. Omdat

OG wel een bepaald startmoment had aangewezen, is dit als een §14 lid 1 Wijziging aan te merken.<sup>80</sup>

Partijen discussiëren verder over een tijdelijke brug voor fietsverkeer.<sup>81</sup> OG stelde een draaiboek ter beschikking aan ON dat voorzag in de aanleg en instandhouding van een tijdelijke brug tegenover een bejaardentehuis. ON heeft de brug echter elders gerealiseerd. Als reden hiervoor voert ON aan dat de gemeenten Leiden en Leiderdorp de in het Draaiboek voorziene locatie onwenselijk vonden. OG heeft dit onvoldoende gemotiveerd bestreden en ON heeft voldoende onderbouwd gesteld dat het onmogelijk was om die brug op de voorziene locatie te realiseren. De rechtbank volgt OG daarom niet in zijn verweer dat het verplaatsen van de brug een eigen keuze van ON als bedoeld in §15 UAV-GC was. De wijziging van de locatie is op grond van § 14 lid 3 UAV-GC als een door OG opgedragen VTW aan te merken. Dat de gemeenten voor de initiële locatie zijn gaan liggen, komt op grond van de verkeersopvattingen voor rekening van OG. Wel oordeelt de rechtbank dat ON onvoldoende concrete gegevens verschaft om met meer nauwkeurigheid te bepalen of alle in de VTW opgegeven extra kosten terecht zijn, en voor welk deel. Bij gebrek daaraan acht de rechtbank 50% van de kosten toewijsbaar.

Dit ligt overigens voor het moeten vervangen van een fundatieframe. In dat geval komt de rechtbank namelijk wel tot het oordeel dat sprake is van een § 15 Wijziging. ON heeft onvoldoende aangetoond dat hij op grond van de verstrekte informatie heeft mogen aannemen dat het bestaande fundatieframe zonder sloopwerk van de civiele onderbouw kon worden gedemonteerd. ON had er rekening mee kunnen houden dat het bestaande fundatieframe was verankerd, ondersabeld en ingestort. Dat ON er bij zijn inschrijving van is uitgegaan dat het bestaande fundatieframe demontabel was, komt voor zijn rekening. Dat hij met goedkeuring van OG tot een alternatief is overgegaan, kan dus niet als een §14 lid 1 en/of lid 3 Wijziging worden aangemerkt en komt evenmin voor rekening van OG op grond van §44 lid 1 onder b of c UAV-GC. Het alternatief dient als een optimalisatie in de zin van §15 lid 1 UAV-GC te worden aangemerkt.<sup>82</sup>

Partijen twisten ook over kosten vanwege een vervroegde overname van de installatieverantwoordelijkheid van de drie bruggen.<sup>83</sup> ON stelt dat zijn Installatieverantwoordelijkheid pas na overdracht en aanvang van de uitvoeringswerkzaamheden van de brug zou beginnen. Die werkzaamheden zouden niet gelijktijdig plaatsvinden. De bruggen zouden gefaseerd worden overgedragen. In de planning van ON was voorzien dat hij op 8 oktober 2018 op de Zijlbrug en

75 In r.o. 5.19 overweegt de rechtbank onder verwijzing naar de toelichting bij de UAV-GC dat de ratio achter deze bepaling is dat OG geen prestatie mag worden opgedrongen die niet beantwoordt aan de eisen die OG heeft gesteld.

76 Rechtbank Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10292.

77 Rechtbank Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10292, r.o. 4.3 en 4.36.

78 Ter zake van enkele VTW's stond de aansprakelijkheid van OG vast en beperkte de discussie zich tot de omvang van de vergoedingsplicht.

79 Ter zake van enkele VTW's stond de aansprakelijkheid van OG vast en beperkte de discussie zich tot de omvang van de vergoedingsplicht, r.o. 4.2, 4.5, en 4.6.

80 Ter zake van enkele VTW's stond de aansprakelijkheid van OG vast en beperkte de discussie zich tot de omvang van de vergoedingsplicht, r.o. 4.33, 4.40 en 4.41.

81 Ter zake van enkele VTW's stond de aansprakelijkheid van OG vast en beperkte de discussie zich tot de omvang van de vergoedingsplicht, r.o. 4.24-4.30.

82 Ter zake van enkele VTW's stond de aansprakelijkheid van OG vast en beperkte de discussie zich tot de omvang van de vergoedingsplicht, r.o. 4.56-4.66.

83 Ter zake van enkele VTW's stond de aansprakelijkheid van OG vast en beperkte de discussie zich tot de omvang van de vergoedingsplicht, r.o. 4.31-4.47.



de Spanjaardsbrug zou beginnen, en op 1 november 2018 op de Doesmolenbrug. ON stelt dat OG een Wijziging heeft opgedragen door te verlangen dat ON al op 20 augustus 2018 de installatieverantwoordelijkheid overneemt. De rechtbank oordeelt dat ON de installatieverantwoordelijkheid overneemt zodra hij met zijn voorbereiding van de uitvoeringswerkzaamheden ter plaatse van de brug begint, en niet al daarvoor. OG heeft aldus een §14 lid 1 Wijziging opgedragen. De rechtbank acht de hiermee samenhangende extra kosten toewijsbaar.

Ten slotte een discussie over de brugval.<sup>84</sup> Contractueel moest ON de brugval van de Zijlbrug en de Doesmolenbrug lokaal bijwerken en lokaal overlagen/conserveren. OG heeft deze eisen gewijzigd in die zin dat, na het lokaal bijplekken, de hele brugval moest worden voorzien van een ‘volle eindlaag’. ON maakt ook aanspraak op kosten voor het aanbrengen van een volle tweede laag (voorafgaand aan de volle eindlaag). Dat doet hij pas na uitvoering van de werkzaamheden. ON stelt dat de tweede laag deel uitmaakt van de opgedragen wijziging, aangezien de tweede (grond)laag noodzakelijk is om de eindlaag deugdelijk aan te brengen. OG betwist dit.

De rechtbank volgt OG. In de eiswijziging heeft OG toegevoegd: “*vervolgens alle constructieonderdelen voorzien van een volle eindlaag.*” Die § 14 lid 1 Wijziging omvat niet automatisch het aanbrengen van een volle tweede (grond) laag. Verder heeft ON nimmer eerder melding gemaakt van (de noodzaak van) een volle tweede laag. Op grond van § 4 lid 7 onder h UAV-GC heeft ON een waarschuwingsplicht. Leeft ON die plicht niet na, dan is zij aansprakelijk voor de schadelijke gevolgen van dat verzuim (§4 lid 8 UAV-GC). Aan die waarschuwingsplicht heeft ON niet voldaan. OG hoefde het aanbrengen van een tweede laag niet uit zichzelf te begrijpen. OG is de gelegenheid ontnomen om voor uitvoering de noodzakelijkheid van het aanbrengen van een tweede laag te controleren en eventuele beheersmaatregelen te nemen.

#### Tunnel Rijnlandroute

Hiervoor in paragraaf 3 kwam deze kwestie Tunnel Rijnlandroute al ter sprake.<sup>85</sup> De rechtbank oordeelde dat OG zijn spreekplicht heeft geschonden. In deze kwestie is ook een geschil ontstaan over het recht op vergoeding van additionele kosten in het kader van VTW's die tot vertraging en verstoring hebben geleid. Deze vordering wordt door middel van uitleg van de relevante contractbepalingen afgewezen.

Hoewel de overeenkomst was gesloten na een concurrentiegerichte dialoog, overweegt de rechtbank eerst dat de overeenkomst eenzijdig door OG was opgesteld, inschrijver daarmee door inschrijving heeft ingestemd en partijen over de inhoud daarvan dus niet hebben onderhandeld.

Dientengevolge oordeelt de rechtbank dat de overeenkomst aan de hand van de CAO-norm dient te worden uitgelegd.<sup>86</sup>

Contractueel kon financieel nadeel als gevolg van een VTW op twee manieren worden vastgesteld, namelijk op basis van een openboekmethode, althans in afwijking daarvan aan de hand van de posten die zijn opgenomen in de bijbehorende tabel. Daarin staan onder meer tijdgebonden algemene bouwplaatskosten en overige organisatiekosten, waaronder koepelkosten. Daaraan is ieder een opslag van 5% toegekend. Ook bevat de tabel een opslag voor algemene kosten (8%) en voor aan een VTW verbonden risico, die bij het ontbreken van een percentage in de tabel dient te worden onderbouwd aan de hand van de openboekmethode. Het is aan ON om het financieel nadeel aan te tonen en te onderbouwen. Als OG instemt met dit voorstel, leggen partijen de wijziging vast in een wijzigingsovereenkomst, die vervolgens onderdeel wordt van de Overeenkomst.

Hieruit blijkt dat ON de keuze maakt welke berekeningsmethode wordt gekozen. Indien wordt gekozen voor de tabel, sluit dat een berekening op basis een openboekmethode uit. Dit systeem dient zo te worden uitgelegd dat de alternatieve berekeningsmethode tot doel heeft het financieel nadeel definitief vast te stellen. Zodoende hebben partijen bindende afspraken gemaakt over de hoogte van het aan een VTW verbonden financieel nadeel. Daar kan ON niet eenzijdig op terugkomen. Het beroep op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid faalt. Het risico op meer vertraging en financieel nadeel is namelijk reeds in de wijzigingsovereenkomsten verdisconteerd.<sup>87</sup>

#### Ondergrondse fietsenstalling Den Haag

In deze zaak, die in de volgende paragraaf gedetailleerder aan de orde komt, wordt het beroep op een §14 Wijziging op formele gronden gepasseerd. Voor zover feitelijk sprake was van een wijziging (wat de rechtbank in het midden laat), is de Wijziging niet op de overeengekomen wijze, want niet via het correcte gremium en de correcte procedure, opgedragen.<sup>88</sup>

### 6. Aanspraken op grond van §44 UAV-GC

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

#### Stadskantoor Heerlen

Deze uitspraak bespreken wij al in paragraaf 3.<sup>89</sup> Partijen voeren een discussie over de informatieverstrekking ter

<sup>84</sup> Ter zake van enkele VTW's stond de aansprakelijkheid van OG vast en beperkte de discussie zich tot de omvang van de vergoedingsplicht, r.o.4.94-4.100.

<sup>85</sup> Rechtbank Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6881.

<sup>86</sup> Rechtbank Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6881, r.o.4.14.

<sup>87</sup> Rechtbank Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6881, r.o.4.12-4.20.

<sup>88</sup> Rechtbank Den Haag 7 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12856, r.o.4.13-4.16.

<sup>89</sup> Rechtbank Limburg 22 december 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:9942.

zake de fundering. Weliswaar week de feitelijke situatie af van de door OG verschaft informatie, en draagt OG daarvoor verantwoordelijkheid, maar anderzijds heeft ON ongefundeerd verstrekkende aannames gedaan op basis van die informatie (zonder daarbij de opstellers van een rapport hierop te bevragen). Desondanks wijst de rechtbank de met deze VTW samenhangende vordering toe. Die toewijzing wordt niet gegrond op de UAV-GC, maar op de door partijen nader gemaakte afspraken.<sup>90</sup>

ON heeft zijn aanpak uitgebreid toegelicht en OG heeft daarmee ingestemd. Niet in die zin dat OG de (mede)verantwoordelijkheid op zich heeft genomen, maar wel dat OG heeft geaccepteerd dat (het ontwerp van) de fundering zou worden aangepast zoals ON aan hem had gepresenteerd, inclusief de gevolgen daarvan in tijd en geld. Daarbij wordt opgemerkt “*juridisch traject volgt*”. Dit traject moet leiden tot duidelijkheid over aansprakelijkheid en de rechten en plichten van partijen in de tussenliggende periode. De rechtbank verwijst eerst naar haar eerdere oordeel over de aansprakelijkheid en overweegt daarbij dat dit oordeel eventueel in hoger beroep kan worden aangevochten.

Gelet hierop gaat de rechtbank ervan uit dat beide partijen hebben gewild dat de gemaakte nadere afspraken over de rechten en plichten van kracht blijven totdat definitief is geoordeeld over de aansprakelijkheid van ON dan wel OG. ON heeft daarom belang bij een oordeel of ON op dit moment – en niettegenstaande het oordeel over de aansprakelijkheid – recht heeft op betaling van de VTW. Dat is het geval. Kort gezegd: partijen hebben er overeenstemming over bereikt dat ON de gevorderde meerkosten voorsnag verdisconteert in de termijnen en dat ON OG zal dagvaarden, om het ‘juridisch traject’ te laten aanvangen. OG heeft vervolgens een termijnstaat geaccepteerd en facturen betaald. Aldus bleef OG gehouden om de gemaakte afspraken na te leven en had hij niet het recht om eerder verrichte betalingen ongedaan te maken. Dit betekent dat ON nu terecht aanspraak maakt op nakoming van de nadere afspraak voor de tussenliggende periode.

#### Onderdoorgang en voorplein

Tussen ON en OG is een geschil ontstaan in het project realisatie onderdoorgang en voorplein.<sup>91</sup> OG heeft termijnen van de aanneemsom ingehouden en opgelegd als boete vanwege de uitloop van een treinrije periode (TVP) en vertraagde oplevering van het Werk. ON stelt dat zich vijf voor rekening van OG komende verstoringen voordeden in verband waarmee OG circa € 1,3 miljoen aan VTW's accepteerde en betaalde.<sup>92</sup> Het in opdracht van OG opgestelde Referentieontwerp bevatte fouten en eisen in de Vraagspecificatie hielden geen rekening met doorgevoerde versoberingen. OG had ON opgedragen een nieuw (referentie)ontwerp op te stellen, met variantenstudies, waaruit

OG een keuze heeft gemaakt. De aanvankelijk gedachte uitvoeringsmethode voor het droog krijgen en houden van de bouwkuip door middel van waterglasinjectie bleek na extra grondonderzoek door ON niet uitvoerbaar. Toepassen van open bemaling bleek noodzakelijk waarvoor een onttrekkingsvergunning nodig was. Diverse VTW's zijn hiervoor overeengekomen en betaald.<sup>93</sup> In de tweede TVP heeft ON slechts een van de drie beoogde spoordekken kunnen inrijden. Er waren problemen met het grondwerk en bij het plaatsen van het spoordek bleek dat de slobgaten in de tijdelijke oplegging onvoldoende ruim waren om de maatafwijkingen van de in het dek gestorte schroefhulzen te kunnen opvangen.<sup>94</sup>

ON heeft OG met een beroep op § 44 lid 1 sub c UAV-GC (onvoorzien omstandigheden) verzocht om de aanvaardings- en opleverdatum met drie maanden te verplaatsen naar 1 juli 2019. Arbiters stellen vast dat alle vertraging geweten moet worden aan de uitloop van werkzaamheden in de (tweede) TVP van week 35, 2018. Gelet op de toezegging van OG dat hij voor dat deel dat er mogelijk te laat wordt opgeleverd als gevolg van de uitloop van werkzaamheden in deze TVP geen boete zal opleggen, komt OG geen boete toe.<sup>95</sup> De uitloop in de tweede TVP zelf wordt echter wel aan ON toegerekend. Het niet halen van de geplande werkzaamheden in deze TVP, die met veertien uur was overschreden, was niet het rechtstreekse gevolg van het verstoorde ontwerpproces. Het plannen van benodigde ontgravingstijd werd daardoor op zichzelf niet belemmerd. ON heeft zonder enig bezwaar de uitvoering van de werkzaamheden in deze TVP ter hand genomen en daarmee eventueel daaraan verbonden risico's aanvaard.<sup>96</sup> OG maakt daarom terecht aanspraak op de boete in verband met het overschrijden van de TVP met veertien uren en de verbussingskosten.<sup>97</sup>

#### RWZI Den Bosch

In deze kwestie wordt ook getwist over de vraag wie verantwoordelijk is voor het voorkomen van legionella in de RWZI. In de Vraagspecificatie zijn op dit punt geen eisen opgenomen, omdat legionella destijds niet als serieus probleem werd gezien. De rechtbank is van oordeel dat ON om die reden geen rekening hoefde te houden met het treffen van voorzieningen om de uitstoot van legionella te voorkomen. Dat deze maatregelen desalniettemin gewenst waren, is dan ook te beschouwen als een onvoorzien omstandigheid als bedoeld in § 44 UAV-GC. ON heeft om die reden aanspraak op een kostenvergoeding en termijnverlenging. De kosten van de beheersmaatregelen die ON als beheerder heeft genomen, komen wel voor zijn rekening en risico.<sup>98</sup>

90 Zie het slot van r.o. 4.17-4.29.

91 RvA 25 maart 2022, nr. 37.051.

92 RvA 25 maart 2022, nr. 37.051, alinea 6.

93 RvA 25 maart 2022, nr. 37.051, alinea 5 onder r, s, y, z en aa.

94 RvA 25 maart 2022, nr. 37.051, alinea 5 onder dd en ee.

95 RvA 25 maart 2022, nr. 37.051, alinea 21.

96 RvA 25 maart 2022, nr. 37.051, alinea 26.

97 RvA 25 maart 2022, nr. 37.051, alinea 27.

98 Rechtbank Oost-Brabant 9 augustus 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:3246, r.o. 5.67-5.95. Vgl. r.o. 5.141, 5.188, 5.232, 5.279-5.282 en 5.294.

ZSD bruggen Leiden

In deze kwestie wordt meermaals een beroep op § 44 lid 1 sub c UAV-GC (onvoorziene omstandigheden) gedaan.<sup>99</sup> De rechtbank plaatst deze bepaling in de sleutel van art. 6:258 BW en oordeelt dat de bepaling in dezelfde zin moet worden uitgelegd.<sup>100</sup> In het kielzog daarvan merkt de rechtbank op dat aan de vereisten uit art. 6:258 BW niet snel zal zijn voldaan en terughoudendheid op zijn plaats is.<sup>101</sup> De rechtbank past deze norm toe op de door ON gestelde onverwacht grote omvang van coördinatiekosten ter zake verlegging van kabels en leidingen alsook op de door ON gestelde onvoorziene kosten voor de inzet van een drijvend hijsblok, en wijst af.<sup>102</sup>

Eveneens worden afgewezen de door ON gestelde extra kosten als gevolg van de 40 weken uitloop van het project. Wil een beroep op termijnverlenging en/of kostenvergoeding slagen, dan is ingevolge § 44 en 45 UAV-GC vereist dat (1) de vertraging op het kritieke pad lag, en (2) de oorzaak daarvan voor rekening van OG komt. ON dient te stellen en te bewijzen dat de door hem gestelde aan OG toe te rekenen vertragingsoorzaken (wijzigingen en onjuistheden in de door OG verstrekte informatie) tot vertragingen op het kritieke pad hebben geleid (causaal verband). Aan die verplichtingen heeft ON niet voldaan, zodat de rechtbank de vordering afwijst.<sup>103</sup>

Ondergrondse fietsenstalling Den Haag

ON verzorgt het ontwerp en de uitvoering van een ondergrondse fietsenstalling.<sup>104</sup> ON heeft dit Werk gerealiseerd op basis van een ander ontwerp dan bij aanbidding verondersteld. De oplevering is vertraagd. ON maakt aanspraak op vergoeding van de daarmee gemoeide kosten op grond van § 44 lid 1 UAV-GC, en een schadevergoeding vanwege vertraagde oplevering.

OG voorzag ON van de Vraagspecificatie en een geotechnisch rapport. Op basis hiervan heeft ON de aanbidding opgesteld, inclusief een plan van aanpak waarin het ontwerp van de benodigde bouwkuip is beschreven. Na gunning ontvangt ON aanvullende informatie van OG waaruit kan worden begrepen dat het verstrekte geotechnisch rapport onjuist is. OG is daarvoor op grond van § 3 UAV-GC verantwoordelijk. In verband met de onjuiste informatie moest ON het ontwerp wijzigen. De rechtbank overweegt dat ON op grond van § 44 lid 1 UAV-GC aanspraak heeft op bijbetaling en termijnverlenging indien de kostenoverschrijding en de extra bouwtijd hun oorzaak vinden in een omstandigheid

die voor rekening komt van OG. Het verstrekken van onjuiste informatie is een dergelijke omstandigheid.<sup>105</sup>

OG en ON twisten of de inhoud van het geotechnisch rapport onjuist is. De rechtbank laat dit in het midden. Het is namelijk niet komen vast te staan dat sprake is van het vereiste causaal verband: niet gebleken is dat het beoogde ontwerp is gewijzigd na ontvangst van de aanvullende informatie na gunning. Er is zodoende niet komen vast te staan dat extra kosten en de vertraging hun oorzaak vinden in de – beweerdelijk – onjuiste informatie. De § 44 UAV-GC-vordering wordt afgewezen.<sup>106</sup>

**7. Ontbinding en opzegging**

In de vorig jaar gepubliceerde jurisprudentie draaide het in twee zaken om de rechtsgeldigheid van een voortijdige beëindiging, een ontbinding en een (gedeeltelijke) opzegging.

Wintrack II

In paragrafen 4 en 5 stonden wij al stil bij het *Wintrack II*-tussen- en eindvonnis.<sup>107</sup> OG heeft terecht de Acceptatie van het Mastontwerp 1.0 geweigerd, omdat dit ontwerp niet voldeed aan de voor OG essentiële eis MC051A. ON heeft aan de uitvoering van Mastontwerp 2.0 ten onrechte de voorwaarde van substantiële kostenvergoeding en termijnverlenging verbonden en OG is hier terecht niet in meegegaan.

Slotsom in het tussenvonnis is dat OG met recht buitengerechtelijk heeft ontbonden. OG mocht begrijpen dat ON tekort zou schieten in Ontwerpverplichtingen, wat verzuim zonder ingebrekestelling oplevert in de zin van art. 6:80 lid 1 sub b en/of art. 6:83 onder c BW. De tekortkoming was ook van voldoende ernst voor ontbinding, terwijl er voor OG een redelijk alternatief beschikbaar was omdat ON slechts onder forse bijbetaling en termijnverlenging Mastontwerp 2.0 wilde uitvoeren. ON heeft onvoldoende aangevoerd om toepassing van de tenzij-clausule uit art. 6:265 BW aanneemelijk te maken. Van schuldeisersverzuim is verder geen sprake. In dat verband passeren arbiters ook het verweer van ON dat OG informatie niet, niet tijdig en/of onvolledig zou hebben aangeleverd, omdat ON ten tijde van het aanleveren van Mastontwerp 1.0 en 2.0 nooit heeft gesteld dat informatie ontbrak.<sup>108</sup>

In het eindvonnis komen de gevolgen van deze ontbinding aan de orde. Volgens OG is ontbonden op het moment dat de Uitvoeringswerkzaamheden nog nauwelijks van start waren gegaan, zodat de waarde van die werkzaamheden niet een bedrag rechtvaardigen dat OG via termijn 1 tot

99 Rechtbank Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10292.

100 Rechtbank Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10292, r.o.4.14.

101 Rechtbank Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10292, r.o.4.15.

102 Rechtbank Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10292, r.o.4.20, 4.21, 4.49 en 4.53.

103 Rechtbank Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10292, r.o.4.106-4.120.

104 Rechtbank Den Haag 7 december 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12856.

105 Rechtbank Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10292, r.o.4.2 en 4.3.

106 Rechtbank Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10292, r.o.4.4-4.12.

107 RvA 3 mei 2021, nr. 36.699 (eind- en tussenvonnis) en RvA 7 april 2022, nr. 36.699 (eindvonnis).

108 Alinea's 177-187 tussenvonnis. Zie voor de ontbindingsverklaring alinea 14 onder x van het tussenvonnis en voor een schets van het toetsingskader voor ontbinding alinea's 153-160 tussenvonnis.

en met 17 al heeft betaald.<sup>109</sup> De uitgevoerde activiteiten zouden niet gelijk zijn te stellen aan het begrip ‘prestatie’, waarbij OG onder meer verwijst naar de definitie van aanneming van werk uit art. 7:750 BW. Subsidiair betoogt OG dat de termijncstaten ongeschikt zijn voor het bepalen van de vergoeding, omdat die geen verband houden met geleverde prestaties. Anders zou ON ongerechtvaardigd worden verrijkt en/of een vergoeding krijgen die (bijna) correspondeert met een vergoeding die zij bij opzegging zou krijgen. De objectieve en subjectieve waarde van de uitgevoerde werkzaamheden zou nagenoeg nihil zijn. OG vordert verwijzing naar de schadestaatprocedure.<sup>110</sup> ON voert gemotiveerd verweer.<sup>111</sup>

Arbiters sluiten voor de afwikkeling aan bij Boek 6 BW (ontbinding heeft geen terugwerkende kracht; ongedaanmakingsverbintenissen, althans waardevergoeding; eventuele schadevergoeding).<sup>112</sup> Zij verwerpen de stelling dat nog geen prestaties zouden zijn geleverd. Uit de aard van de D&C-overeenkomsten volgt dat ook Ontwerpwerkzaamheden als zodanig zijn aan te merken. Alle ontwerp- en uitvoeringswerkzaamheden dienen te worden aangemerkt als deelprestaties die een aanzet tot en onderdeel van de eindprestatie vormen. Dat de ongedaanmakingsverbintenissen of waardevergoeding alleen op de eindprestatie van toepassing zou zijn, wordt door arbiters niet gevolgd. Dat zou die regelingen namelijk zinledig maken, omdat vrijwel altijd wordt ontbonden voordat die eindprestatie is geleverd.<sup>113</sup>

Arbiters overwegen dat ongedaanmaking bij aanneming van werk doorgaans niet mogelijk is. Dat is nu niet anders, omdat sprake is van op maat gemaakt werk. Voor de waardevergoeding dient te worden aangesloten bij het moment van ontvangst van de prestaties. Arbiters sluiten aan bij de ondertekende prestatieverklaringen voor de termijnen 1-17, omdat daarmee voldoende vaststaat dat de daarin bedoelde werkzaamheden daadwerkelijk zijn uitgevoerd. OG diende de termijncstaten te accepteren. Daarbij komt dat in de Vraagspecificatie is bepaald dat prestatieverklaringen niet worden afgegeven in het geval van een tekortkoming.<sup>114</sup> Dat door het overeengekomen lineaire betalingsschema de exacte stand van het werk niet is bijgehouden en daardoor de daarmee corresponderende vergoeding niet meer exact te achterhalen is, komt voor risico van OG. Hij wenste namelijk dit schema. Ongerechtvaardigde verrijking is dan niet aan de orde.<sup>115</sup>

Overigens passeren arbiters stilzwijgend het beroep van OG op § 33 lid 8 UAV-GC,<sup>116</sup> dat bepaalt dat “de afgifte van

een prestatieverklaring alsmede van betaling van facturen nimmer tot Acceptatie van Documenten, Werkzaamheden, resultaten van Werkzaamheden, het Werk of het gerealiseerde Meerjarig Onderhoud [kan] leiden”. Dit valt te billijken gelet op de afspraak een prestatieverklaring – waarvan de afgifte recht op betaling geeft<sup>117</sup> – niet zou worden afgegeven in geval van een tekortkoming.

Arbiters oordelen vervolgens dat het niet ter zake doet of OG achteraf gezien profijt heeft gehad van de betreffende prestaties. De waarde van de vergoeding kan in beginsel worden gesteld op de contractprijs, zodat termijncstaten niet hoeven te worden terugbetaald.<sup>118</sup> Ten slotte oordelen arbiters dat ON een zwaarwegend belang heeft om eerst in hoger beroep een oordeel te krijgen over de rechtmatigheid van de ontbinding, voordat een omvangrijke en kostbare schadestaatprocedure wordt gestart. Daarom wordt de verwijzing naar de schadestaatprocedure niet uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard.<sup>119</sup>

#### Gedeeltelijke opzegging

ON en OG sluiten begin 2014 een Basisovereenkomst. OG draagt aan ON ook het Meerjarig Onderhoud (MJO) op. Op 2 december 2020 laat OG weten de overeenkomst gedeeltelijk op te zeggen op grond van § 16 lid 8 UAV-GC. Het MJO hoeft niet langer te worden uitgevoerd. Op dat moment is het Werk nog niet volledig uitgevoerd. Het Werk is deels via deelopleveringen opgeleverd. Het MJO is bij het opgeleverde deel van het Werk begonnen.

ON stelt dat het OG op grond van § 16 lid 8 UAV-GC niet is toegestaan om de overeenkomst gedeeltelijk op te zeggen (enkel voor wat betreft het MJO). Uit de tekst van § 16 lid 8 UAV-GC volgt volgens ON dat het alleen mogelijk is om de overeenkomst geheel op te zeggen. ON meent dat de opzegging moet worden gezien als een gedeeltelijke opzegging in de zin van art. 7:764 BW. ON start een spoedgeschil en vordert een verklaring voor recht dat (i) OG niet de bevoegdheid heeft om op te zeggen op grond van § 16 lid 8 UAV-GC, en dat (ii) de opzegging van het MJO moet worden gezien als een gedeeltelijke opzegging van de Overeenkomst in de zin van art. 7:764 BW.

Arbiters stellen ON volledig in het gelijk. Daarbij overwegen arbiters nadrukkelijk dat OG de mogelijkheid had om een § 14 Wijziging op te dragen.<sup>120</sup> De afrekening van de gedeeltelijke opzegging zal plaats moeten vinden op grond van het bepaalde in art. 7:764 lid 2 BW. De voor het gehele Werk geldende prijs dient te worden verminderd met de besparingen die uit de opzegging voor ON voortvloeien.

109 Partijen voeren ook nog andere feitelijke discussies, die in het kader van deze kroniek wat minder van belang zijn.

110 Alinea's 13-18 eindvonnis.

111 Alinea's 20-59 eindvonnis.

112 Alinea's 60 en 61 eindvonnis.

113 Alinea's 62 en 63 eindvonnis.

114 Deze bepaling staat geciteerd in alinea 31 van het eindvonnis.

115 Alinea's 64-72 eindvonnis. Vgl. voor het moeten accepteren van termijncstaten alinea's 33, 37, 68, 75 en 78.

116 Zie alinea 15 onder 1 eindvonnis.

117 Vgl. § 33 leden 3 en 4, alsook § 42 lid 2 UAV-GC. Zie ook de Toelichting op § 33 UAV-GC, p. 87.

118 Alinea's 73-76 eindvonnis.

119 Alinea 100 eindvonnis.

120 RvA 25 januari 2022, nr. 37.316, alinea's 10-16. Herber stelt naar aanleiding hiervan in zijn artikel ‘Over wijzigingen en gedeeltelijke opzegging’, TBR 2023/67 dat de regeling in de UAV-GC over Wijzigingen die minderwerk opleveren en opzegging onevenwichtig is omdat het voor OG lucratief is om de overeenkomst niet op te zeggen, maar een Wijziging op te dragen.

## 8. Oplevering en gebreken

In drie uitspraken speelde(n) (gebreken na) oplevering een rol.

### Fietsbrug Alkmaar

Na een aanbesteding draagt OG aan ON op het ontwerp en de uitvoering van een fietsbrug over het Noordhollandsch Kanaal te Alkmaar.<sup>121</sup> In het ontwerp koos ON op basis van een extern geotechnisch advies voor een bepaalde gewapende grondconstructie, waarmee de stabiliteit van de landhoofden van de brug gewaarborgd zou zijn. Ongeveer een jaar na oplevering bleek die stabiliteit niet aanwezig. Het oostelijk landhoofd bleek te bewegen, waardoor die de aanbrug raakte. OG laat externe onderzoeken verrichten, waaruit naar voren kwam dat de constructie niet zou voldoen. OG laat herstelwerkzaamheden door derden verrichten.<sup>122</sup> OG vordert betaling van de herstelkosten door ON. Die verweert zich met de stelling dat hij niet in verzuim verkeerde, doordat hem geen mogelijkheid tot herstel was geboden. OG stelt dat uit verklaring en de houding van ON zou blijken dat hij daartoe niet bereid was.<sup>123</sup>

De rechtbank stelt het verweer van ON omtrent het ontbreken van verzuim centraal. Op basis van een feitelijke beoordeling<sup>124</sup> komt de rechtbank tot de slotsom dat verzuim niet is ingetreden.<sup>125</sup> Daarbij stelt de rechtbank § 43 lid 2 UAV-GC voorop, dat bepaalt dat als OG ON in gebreke stelt, dat schriftelijk dient te gebeuren waarbij OG aan ON een redelijke termijn dient te stellen om zijn verplichtingen alsnog na te komen. Van een professionele partij mag worden verwacht dat die de overeengekomen regeling begrijpt en daar naar handelt.<sup>126</sup> Als slot op de deur wordt overwogen dat ook als § 43 lid 2 UAV-GC niet van toepassing zou zijn geweest, OG ON ook dan niet op de juiste wijze in gebreke heeft gesteld.<sup>127</sup> Volgens de rechtbank volgde uit de feiten niet dat aanmaning nutteloos zou zijn.<sup>128</sup> Een schriftelijke aansprakelijkheidsstelling was naar het oordeel van de rechtbank dus niet voldoende.<sup>129</sup>

121 Rechtbank Noord-Holland, 14 september 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8166.

122 Rechtbank Noord-Holland, 14 september 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8166. Idem, r.o.2.3, 2.6, 2.11, 2.17, 2.19, 2.30, 2.33, 2.34, 2.39.

123 Rechtbank Noord-Holland, 14 september 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8166, r.o.3.1, 3.2, 3.3.

124 Rechtbank Noord-Holland, 14 september 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8166, r.o.4.8.

125 Rechtbank Noord-Holland, 14 september 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8166, r.o.4.7.

126 Rechtbank Noord-Holland, 14 september 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8166, r.o.4.9.

127 Rechtbank Noord-Holland, 14 september 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8166, r.o.4.10.

128 Rechtbank Noord-Holland, 14 september 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8166, r.o.4.13.

129 Rechtbank Noord-Holland, 14 september 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8166, r.o.4.14.

### Onderdoorgang en voorplein

In deze kwestie twisten partijen ook over de vraag of het Werk is opgeleverd. OG wijst erop dat het Werk door hem niet werd aanvaard en hij geen hernieuwd verzoek tot Aanvaarding van ON heeft ontvangen. ON wijst erop dat het Werk op 24 oktober 2019 voor het publiek is opengesteld, in gebruik genomen, en daarna nooit meer (af)gesloten is geweest. ON stelt het Werk ten tijde van de opname in het kader van het verzoek tot Aanvaarding, op 31 oktober 2019, in ieder geval opleveringsgereed was. Daarin volgen arbiters ON. OG heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de gebreken ten tijde van de opname zodanig waren dat die een weigering van de Aanvaarding rechtvaardigden. Gelet op de restpuntenlijst ging het om tekortkomingen die een oplevering niet in de weg stonden. De ononderbroken openstelling bevestigt arbiters in dat oordeel. Hoewel het opleverdossier nog moet worden aangevuld met enkele documenten, is dat naar het oordeel van arbiters geen reden om te concluderen dat niet is opgeleverd. Het Werk geldt daarom als opgeleverd op 31 oktober 2019.<sup>130</sup> Feitelijk passen arbiters hiermee de regeling uit § 24 lid 7 UAV-GC toe.

### Warmtevoorziening woningen

Op 22 december 2020 sluiten ON en OG een aannemings-overeenkomst voor het ontwerp en de realisatie van “het Project”. Het project betreft het verduurzamen van de warmtevoorziening van 39 woningen. Partijen spreken een streefdatum voor aanvaarding van het Werk af (1 april 2021). Die datum wordt niet gehaald. In de periode oktober 2021 tot en met januari 2022 legt ON de werkzaamheden meerdere keren stil, in verband met een ongewoon hoge waterstand. Hierdoor ontstaan problemen met het bronnen en spuien van grondwater. Op 24 januari 2022 hervat ON de werkzaamheden.<sup>131</sup>

Op 8 maart 2022 spreken partijen af dat de installatie op 21 mei 2022 volledig in gebruik kan worden genomen. Die datum is niet gehaald. Op 31 mei 2022 vindt opnieuw overleg plaats waarbij partijen afspraken maken over de oplevering. Over de inhoud daarvan bestaat discussie, maar arbiters stellen vast dat is afgesproken dat het Werk uiterlijk eind augustus 2022 zou worden opgeleverd, maar in ieder geval voor het komende stookseizoen.<sup>132</sup> Arbiters zien deze termijn als fatale termijn (art. 6:83 sub a BW). Vanaf 31 mei 2022 zijn geen werkzaamheden meer verricht. OG wil zekerheid dat het Werk uiterlijk 12 september 2022 wordt opgeleverd, zodat de overdracht van het warmtenet van Vattenfall aan OG niet gevaar komt. OG vraagt om een voorlopige voorziening en verzoekt de RvA om ON te veroordelen uiterlijk 12 september 2022 zijn werkzaamheden af te ronden.

Arbiters oordelen dat ON een spoedeisend belang heeft bij zijn vordering.<sup>133</sup> Vervolgens overwegen arbiters dat – nu sprake is van een UAV-GC-contract – ON op grond van § 4 lid

130 RvA 25 maart 2022, alinea's 15-23.

131 RvA 16 september 2022, nr. 37.489, alinea 5.

132 RvA 16 september 2022, nr. 37.489, alinea 27.

133 RvA 16 september 2022, nr. 37.489, alinea 18.

5 UAV-GC verplicht is al datgene te doen wat naar de aard van de aannemingsovereenkomst door de wet, de eisen van redelijkheid en billijkheid of het gebruik wordt gevorderd en dat ON verplicht is zijn werkzaamheden zodanig te verrichten dat het werk op de in de aannemingsovereenkomst vastgelegde datum van oplevering voldoet aan de uit de aannemingsovereenkomst voortvloeiende eisen. Arbiters overwegen daarbij dat dit met zich brengt dat voor zover Annex III bij de Basisovereenkomst geen melding maakt van vergunningen, ontheffingen, beschikkingen of toestemmingen, OG wordt geacht zich niet te hebben verplicht daarvoor te zorgen (§9 lid 2 UAV-GC).<sup>134</sup>

Arbiters veroordelen ON vervolgens – op basis van de afspraak van 31 mei 2022 – om uiterlijk 14 oktober 2022 tot oplevering over te gaan. De verweren van ON worden gepasseerd. Het beroep op onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW) vanwege de ongewoon hoge waterstand en diverse stormen slaagt niet omdat deze omstandigheden dateren van voor de toezeggingen door ON over de uiterlijke afronding. Ook het beroep op schuldeisersverzuim wordt gepasseerd. Dat ON door Staatsbosbeheer is gevraagd het lozen te staken en elders te lozen kan op grond van de Basisovereenkomst en de UAV-GC niet worden gezien als een stillegging van het Werk door of vanwege OG.

## 9. **Back-to-back**

In diverse uitspraken kwam het al dan niet (deugdelijk) doorleggen van UAV-GC-verplichtingen naar een onderaannemer naar voren.

### Doorleggen eis KOMO@attest

OG (een woningstichting) geeft aan ON opdracht om op basis van de Vraagspecificatie en Inschrijving door middel van Ontwerp- en Uitvoeringswerkzaamheden groot onderhoud aan vele woningen te verrichten. ON geeft een onderaannemer (OA) opdracht voor het leveren en plaatsen van stel- en kunststof gevelkozijnen, ventilatieroosters, HR++ isolatieglas, vensterbanken, aftimmering en koven. Op deze onderaannemingsovereenkomst zijn de Algemene Inkoop- en (onder)aannemingsvoorwaarden van ON van toepassing met een *back-to-back* regeling waarin kort gezegd staat dat de hoofdaannemingsovereenkomst (hierna: ‘Basisovereenkomst’) deel uitmaakt van de onderaannemingsovereenkomst, voor zover daarin van de Basisovereenkomst niet is afgeweken. Beschreven staat ook dat een kopie van de Basisovereenkomst inclusief bijlagen, als bijlage aan de onderaannemerskomst is gevoegd. Omdat OG ON verzocht herstelmaatregelen te nemen om tocht- en kouklachten op te lossen, en ON daarvoor op zijn beurt OA in gebreke stelde, rijst de vraag of het KOMO@attest dat in de relatie OG-ON als eis kwalificeerde, ook tussen ON en OA is overeengekomen.

134 RvA 16 september 2022, nr. 37.489, alinea 23.

Arbiters overwegen dat ON de toepasselijkheid van het KOMO®attest niet heeft doorgelegd op OA.<sup>135</sup> In de Basisovereenkomst wordt niet verwezen naar toepasselijkheid van het KOMO®attest. Alleen in de contractdocumenten (waaronder de Materialenlijst en Technisch PVE 2014), die deel uitmaken van de Basisovereenkomst, wordt daarnaar verwezen.<sup>136</sup> ON kan haar stelling dat de Basisovereenkomst en de daarbij behorende bijlagen zijn meegezonden aan OA niet bewijzen, aangezien ON niet meer over het originele e-mailbericht beschikt waarmee deze stukken aan OA zouden zijn verzonden.<sup>137</sup>

Arbiters overwegen dat de betreffende bijlagen nimmer aan OA zijn overhandigd of toegezonden. De meer algemene *back-to-back* regeling uit de algemene inkoopvoorwaarden leidt niet tot een ander oordeel. Blijkens die regeling zijn partijen slechts overeengekomen dat de Basisovereenkomst inclusief bijlagen deel uitmaakt van de onderaannemingsovereenkomst en dat OA het opgedragen werk moet verrichten volgens de voorwaarden opgenomen in de Basisovereenkomst.

Naar het oordeel van arbiters kan voor het een-op-een doorleggen niet worden volstaan met een algemene bepaling die erop neerkomt dat ON en OA dezelfde rechten en verplichtingen jegens elkaar hebben als OG en ON. In de onderaannemingsovereenkomst moet uitdrukkelijk en specifiek worden opgenomen welke bepalingen uit de Basisovereenkomst of uit de daarvan deel uitmakende contractdocumenten *back-to-back* worden doorgelegd, wat temeer geldt nu de omvang van de werkzaamheden die OA moest uitvoeren veel geringer zijn dan het in de Basisovereenkomst opgedragen werk. Nu in de Basisovereenkomst niet expliciet naar het KOMO®attest is verwezen en juist de contractdocumenten waarin dit wel staat niet aan OA zijn verstrekt, is van een-op-een doorleggen van toepasselijkheid van deze eis geen sprake. Arbiters benoemen hierbij ook nog dat de Basisovereenkomst een geïntegreerd contract is en de onderaannemingsovereenkomst een traditioneel contract.<sup>138</sup>

### UAV-GC niet doorgelegd

Hoofdaannemer (HA) heeft een opdracht voor de realisatie van een bedrijfshal met omliggend terrein.<sup>139</sup> De realisatie van het terrein is door HA in onderaanneming uitgevoerd. Na oplevering blijkt het ontwerp van het terrein ondeugdelijk aangezien bij het opstellen van het ontwerp geen rekening is gehouden met een onderliggende kleilaag, onvoldoende afwateringsmogelijkheden zijn getroffen en materialen zijn gebruikt die niet geschikt zijn voor de beoogde bestemming. HA houdt de onderaannemer (OA) verantwoordelijk voor het gebrekkige ontwerp, stellende dat op de onderaannemingsovereenkomst de UAV-GC van toepassing zijn en bijgevolg de ontwerpverantwoordelijkheid

135 RvA 28 januari 2022, nr. 37.128, alinea 19.

136 RvA 28 januari 2022, nr. 37.128, alinea 18.

137 RvA 28 januari 2022, nr. 37.128, alinea 20.

138 RvA 28 januari 2022, nr. 37.128, alinea 21.

139 RvA 2 september 2022, nr. 37.243.

bij OA ligt. OA betwist de toepasselijkheid van de UAV-GC en vernietigt – subsidiair – de toepasselijkheid van de UAV-GC.

Niet in geschil is dat ontwerpfouten aan de orde zijn. HA meent dat ON ook is opgedragen om het ontwerp van het Werk te realiseren. ON meent alleen verantwoordelijk te zijn voor de uitvoering van het Werk. De onderaannemingsovereenkomst dient zodoende (conform de Haviltex-maatstaf) te worden uitgelegd.<sup>140</sup> OA heeft het Werk uitgevoerd conform de bij de onderaannemingsovereenkomst gevoegde stukken. Op basis daarvan is het Werk afgeprijsd. In de onderaannemingsovereenkomst is niet vermeld dat OA ook een ontwerp ten behoeve van het Werk diende op te stellen. Voor zover OA ontwerpwerkzaamheden heeft uitgevoerd, is dat gebeurd op basis van de door HA opgestelde, en bij de onderaannemingsovereenkomst gevoegde stukken.<sup>141</sup>

Arbiters oordelen voorts dat een ontwerpverplichting een kernbeding betreft dat niet met algemene voorwaarden aan ON kan worden opgelegd. De vermelding in de toepasselijke voorwaarden van HA dat OA voor het ontwerp verantwoordelijk is, mist dus toepassing. Evenmin zijn de UAV-GC op de onderaannemingsovereenkomst van toepassing. De UAV-GC zijn niet expliciet van toepassing verklaard. Onvoldoende is dat in de toepasselijke voorwaarden is vermeld dat de voorwaarden van de hoofdaannemingsovereenkomst van toepassing zijn, en dat om die reden de UAV-GC ook op de onderaannemingsovereenkomst van toepassing zijn. Voor zover HA beoogde de UAV-GC *back-to-back* door te leggen heeft HA dat op een onvoldoende manier duidelijk gemaakt, zodat OA redelijkerwijs niet mocht verwachten dat UAV-GC van toepassing zouden zijn. OA heeft dit evenmin hoeven begrijpen. Het een en ander blijkt ook nog eens uit het feit HA en OA zich over en weer ook niet hebben gedragen alsof de UAV-GC van toepassing waren.<sup>142</sup>

#### Perronkap Tilburg CS

ON wint de ProRail-aanbesteding 'Renovatie Perronkap Tilburg'.<sup>143</sup> ON schakelt steigerbouwer OA Muehlhan in. Tussen partijen ontstaat een geschil over facturen, die met name het gevolg lijken te zijn van meerkosten vanwege vertraging. OA vordert ruim € 1.6 miljoen; ON betwist deze vordering en stelt boete, kosten en schade te mogen verrekenen. Uiteindelijk wordt een bedrag van ruim € 300.000 toegewezen. In art. 2 onderaannemingsovereenkomst zijn de boetebepalingen *back-to-back* doorgelegd: "Ten aanzien van boetebedragen geldt het bepaalde in de Hoofdovereenkomst. Deze kunnen verder slechts worden opgelegd voor zover deze het gevolg zijn van het door Opdrachtnemer te leveren werk." In art. 16 van die Hoofdovereenkomst zijn mijlpaalboetes als bedoeld in §36 lid 3 UAV-GC ter hoogte van € 7.500 respectievelijk € 3.750 per dag opgenomen.

Volgens de rechtbank valt art. 2 in redelijkheid slechts zo uit te leggen dat pas als ON een boete opgelegd heeft gekregen van OG, ON die boete aan OA kan doorzetten. Verder moet niet alleen sprake zijn van een overschrijding van een in de Hoofdovereenkomst vastgelegde uiterste datum van oplevering, maar moet die overschrijding door ON ook toerekenbaar zijn aan OA. Ter zitting blijft onweersproken dat OG geen boete heeft opgelegd, zodat ON evenmin een boete kan doorzetten aan OA.<sup>144</sup> Evenmin is komen vast te staan dat de opgelopen vertraging aan OA toerekenbaar is.<sup>145</sup>

#### 10. **Varia**

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

##### Bevoegdheidsincident – voorzieningehart Nijmegen

In 2012 heeft de gemeente Nijmegen een overeenkomst Europees aanbesteed ter zake het ontwerp en de realisatie van een nieuw voorzieningehart en een dertigtal zorgappartementen.<sup>146</sup> Het Werk wordt in 2014 opgeleverd en in 2018 ontstaat een gebreken-discussie. OG vordert een verklaring voor recht alsook een veroordeling om ON te gebieden om binnen zes maanden over te gaan tot volledig en deugdelijk herstel. ON werpt een bevoegdheidsincident op. Hij stelt dat op grond van §47 leden 1, 2 en 5 UAV-GC samen met art. 18 Basisovereenkomst de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen bevoegd is.

De rechtbank stelt voorop dat het gaat om de uitleg van een aanbestede overeenkomst. De uitleg dient dan op basis van objectieve maatstaven te geschieden. In (de conceptversie en definitieve versie van) art. 18 Basisovereenkomst staat: "Partijen leggen hun geschillen zoals omschreven in §47 lid 2 UAV-GC 2005 niet ter beslechting voor aan de Raad van Deskundigen." Gelet hierop is de Raad van Arbitrage in principe bevoegd.<sup>147</sup> Echter, in de aanbestedingsleidraad en nota's van inlichtingen wordt de rechtbank Arnhem aangewezen. Zodoende is sprake van een tegenstrijdigheid. Gelet op de rangordebepaling is de Basisovereenkomst inclusief nota's van inlichtingen leidend. De rechtbank oordeelt daarom dat uitdrukkelijk is afgeweken van de arbitrageclausule in de UAV-GC en verklaart zich bevoegd.<sup>148</sup>

Wel stelt de rechtbank desgevraagd tussentijds hoger beroep open. Anders zou de zaak eerst inhoudelijk door haar moeten worden beoordeeld. Pas daarna zou dan de beslissing over de bevoegdheid kunnen worden aangevochten.

140 RvA 2 september 2022, nr. 37.243, alinea's 15-19.

141 RvA 2 september 2022, nr. 37.243, alinea's 20 en 21.

142 RvA 2 september 2022, nr. 37.243, alinea's 20-30. Vgl. alinea 34.

143 Rechtbank Rotterdam 15 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4575. Feiten-schets afkomstig uit r.o.2.1-3.2.

144 RvA 2 september 2022, nr. 37.243, r.o.2.6.1, 2.8, 4.23-4.27.

145 Om die reden worden overigens diverse verrekenvorderingen van Van der Ende afgewezen, zie met name r.o.4.45-4.54.

146 Rechtbank Gelderland 23 maart 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1468. Feiten-schets afkomstig uit r.o.2.1-4.4.

147 Vgl. voetnoot 21 bij art. 18 Model Basisovereenkomst.

148 Rechtbank Gelderland 23 maart 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1468, r.o.5.2-5.4 en 6.1.

Dat is met het oog op de goede procesorde en de doelmatigheid ongewenst.<sup>149</sup>

#### Perronkap Tilburg CS

Deze zaak kwam hiervoor in paragraaf 9 aan de orde. Twee aspecten vragen op deze plaats nog de aandacht. OA stelt dat haar kosten zijn toegenomen, omdat de vertraging binnen de risicosfeer van ON valt. Zij dient daartoe een 138 pagina's tellende rapportage (exclusief bijlagen) van Qperts in. Kennelijk verwijst OA hier slechts in vrij algemene zin naar. ON beroept zich erop dat deze wijze van procederen in strijd komt met de eisen van een behoorlijk rechtspleging. Dit verweer wordt gehonoreerd. OA had in zijn processtukken moeten ingaan op de grondslagen en individuele omstandigheden waarop hij ieder gevorderd factuurbedrag baseert, zo nodig onder verwijzing naar (onderdelen van) producties. Anders leeft OA zijn stelplicht niet na. Het niet-erkende deel van de vordering – circa € 1.3 miljoen – wordt daarom afgewezen. Daarbij speelt een rol dat OA zijn wijze van procederen na conclusie van antwoord niet heeft aangepast.<sup>150</sup>

Daarnaast past de rechtbank feitelijk §42 lid 1 UAV-GC toe, op grond waarvan ON aanspraak heeft op vergoeding van rente tegen het wettelijk percentage met ingang van de dag, waarop de prestatieverklaring had moeten worden afgegeven of de betaling uiterlijk had moeten geschieden. Partijen zijn overeengekomen dat betaling plaatsvindt binnen 60 dagen na factuurdatum, mits de factuur is goedgekeurd. ON stelt dat die termijn pas kan gaan lopen nadat hij de facturen heeft goedgekeurd. Daarmee miskent ON dat het erom gaat of hij die facturen had behoren goed te keuren. Van een deugdelijke reden om niet te betalen is niet gebleken, zodat de rentevordering wordt toegewezen.<sup>151</sup>

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

149 Rechtbank Gelderland 23 maart 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1468, r.o.5.5-5.7 en 6.2.

150 Rechtbank Gelderland 23 maart 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1468, r.o.4.15-4.21.

151 Zie r.o.2.6.7, 4.57, en 5.1.