

**Noot**

1. In de uitspraak van 16 februari 2018 (nr. 35.734) hebben arbiters goed duidelijk gemaakt dat het niet zo is dat in geval van een UAV-GC contract de Opdrachtnemer bij de aanbesteding het risico van het ontwerp *overneemt* van Opdrachtgever. Opdrachtgever is verantwoordelijk voor dat deel van het ontwerp dat zij als onderdeel van de Vraagspecificatie aan Opdrachtnemer heeft verstrekt. Hetzelfde geldt voor informatie die Opdrachtgever aan Opdrachtnemer heeft verstrekt.

2. Wat ik opvallend vind is dat arbiters in dit geschil ten aanzien van de risicodemarcatie in UAV-GC contracten een wat andere lijn lijken te kiezen dan (andere) arbiters in een eerdere uitspraak uit 2017.<sup>2</sup> Arbiters kiezen in onderhavige uitspraak een lijn die in mijn beleving (wel) strookt met de uitgangspunten van de UAV-GC. Voor Opdrachtnemers is deze nu ingestoken lijn van de Raad van Arbitrage voor de Bouw goed nieuws. Arbiters volgen namelijk het betoog van Opdrachtgever (in casu een provincie), inhoudende dat bij Opdrachtnemer in het kader van de opdracht ‘engineering & build’ naast de verantwoordelijkheid voor de engineering en bouw, ook de verantwoordelijkheid voor het ontwerp zou rusten, niet. Dit in navolging van Opdrachtnemer die zich, zo is te lezen in het vonnis, flink heeft verzet tegen deze opvatting van Opdrachtgever, door te stellen dat die

opvatting “apert in strijd [is] met de uitgangspunten van de UAV-GC”.<sup>3</sup>

3. Het geschil betreft de eindafrekening in het kader van een opdracht ‘engineering & build’ van werk dat bestaat uit een mix van transformatie, restauratie en nieuwbouw. De engineering, volledig technische uitwerking, het realiseren van de nieuwbouw en restauratie/transformatie en de aanleg van een inundeerbare maquette maakten deel uit van de uitvraag in de aanbesteding die in 2012 is doorlopen.<sup>4</sup> Arbiters spreken van een ontwerp dat complex en risicovol van aard is. Het betreft het koppelen van een historisch gebouw (robuust met een waterbouwkundig karakter) aan een nieuw gebouw, subtiel ingepast in de omgeving maar niet gebruikelijk vorm gegeven met sprekende golvende/gebogen glas- en betonelementen deels boven en deels onder de grond.<sup>5</sup>

4. Het Definitief Ontwerp (“DO”) was afkomstig van Opdrachtgever en maakte deel uit van de Vraagspecificatie. Opdrachtnemer diende dit DO uit te werken tot een uitvoeringsontwerp (“UO”). Het werk is ongeveer een jaar later dan die contractuele opleverdatum opgeleverd. In het feitencomplex staat vermeld dat Opdrachtgever geen beroep heeft gedaan op het boetebeding wegens het latere tijdstip van oplevering. Wel is een geschil ontstaan over de eindafrekening en de kwaliteit van het werk. Opdrachtnemer maakt aanspraak op vergoeding van door zijn gemaakte kosten als gevolg van wijzigingen en/of onjuistheden in de verstrekte informatie waarbij Opdrachtnemer heeft verwezen naar § 3, 14, 44 en 45 UAV-GC. Ook heeft Opdrachtnemer aanspraak gemaakt op vergoeding van vertragingsschade. Opdrachtgever betwist deze aanspraken en meent daarnaast (kort gezegd) dat Opdrachtnemer tekort is geschoten in herstelverplichtingen.

5. Arbiters zetten in een aantal inleidende overwegingen enkele principiële lijnen uit de UAV-GC neer. Zij starten met een uiteenzetting van de inhoud van § 3 lid 1, 2 en 3 (kort gezegd de informatieplicht van Opdrachtgever en verantwoordelijkheid van de Opdrachtgever voor de door hem verstrekte informatie en de Vraagspecificatie). Vervolgens wijzen arbiters op de waarschuwingsplicht van Opdrachtnemer die geldt indien (kort gezegd) de contractstukken afkomstig van Opdrachtgever klaarblijkelijke fouten bevatten (§ 4 lid 7 UAV-GC).<sup>6</sup> Arbiters vervolgen hun uiteenzetting:

“112. Het uitgangspunt van de UAV-GC 2005 (UAV-GC) is naar het oordeel van arbiters dat opdrachtgeefster informatie aan aanneemster verschaft van een diepgang naar eigen keuze. De opdrachtgever heeft flexibele mogelijkheden voor een actieve dan wel minder actieve en/of passieve betrokkenheid bij het project. Zij kan volstaan met een programma van eisen, maar kan ook het DO aanleveren. Dat laatste is in het onderhavige geval gebeurd. Die informatie is de basis voor aanneemster om een aanbieding te doen. Voor die informatie is

3 Zie alinea 15 RvA 11 januari 2018, nr. 35.734.

4 Alinea 12.

5 Alinea 115.

6 Alinea 111.

2 RvA 6 februari 2017, nr. 35.620 (“Bovenbouwvernieuwing spoor”), m.nt. M.R. Lim (BR 2017/66).

opdrachtgeefster verantwoordelijk, hetgeen wil zeggen dat zij aansprakelijk is voor schade die uit fouten in die informatie voortvloeit.”

6. Arbiters merken in lijn met § 3 lid 2 UAV-GC op dat onvolkomenheden in de informatie die leiden tot fouten in de aanbieding onder omstandigheden de Opdrachtnemer een recht geven op bijbetaling (§ 44 lid 1 aanhef onder b / in geval van Wijzigingen § 45 UAV-GC).<sup>7</sup> Dan volgt de overweging die opvalt, zeker als die wordt afgezet tegen de hiervoor al genoemde eerdere uitspraak van de Raad van Arbitrage:

“Voor zover opdrachtgeefster heeft willen betogen dat in geval van toepasselijkheid van de UAV-GC aannemster alle ontwerpverantwoordelijkheid en bijbehorende risico's draagt dan wel overneemt van opdrachtgeefster, is die opvatting in het algemeen – en ook in dit specifieke geval – naar het oordeel van arbiters onjuist.”<sup>8</sup>

Het betoog van Opdrachtgever waaraan arbiters refereren staat voornamelijk opgenomen in alinea's 56-59. Daaruit blijkt dat Opdrachtgever heeft gesteld dat op Opdrachtnemer de verplichting rustte om het DO uit te werken tot een UO en dat inschrijvers in de aanbesteding er nadrukkelijk op waren geweest dat de verantwoordelijkheid voor het ontwerp bij de inschrijvers rust, evenals de verantwoordelijkheid voor de engineering en de bouw. Hieraan zou inherent zijn dat inschrijvers een grondige analyse maken van het DO, ook omdat inschrijvers voor hun inschrijving een goed beeld moeten hebben van de oplossingsrichtingen en aard en omvang van de werkzaamheden gebaseerd op deze oplossingsrichtingen. Opdrachtgever verwijst hiervoor ook naar de toelichting bij § 4 UAV-GC. Dit betoog van Opdrachtgever doet mij denken aan de volgende overweging van arbiters in een uitspraak van 6 februari 2017 (nr. 35.620):

“Voor zover de aannemer op basis van de ontwerpstukken van de opdrachtgever eigen ontwerpactiviteiten moet ontplooiën, wordt de aannemer geacht het ontwerp van de opdrachtgever te aanvaarden en kan geoordeeld worden dat de aannemer daarmee ook het risico voor het ontwerp van de opdrachtgever overneemt.”<sup>9</sup>

Arbiters nemen dit betoog van Opdrachtgever – geënt op de eerdere uitspraak van de Raad uit 2017 – aldus niet over. In het algemeen, en in dit specifieke geval menen arbiters dat toepasselijkheid van de UAV-GC niet met zich brengt dat Opdrachtnemer alle ontwerpverantwoordelijkheid en bijbehorende risico's draagt of overneemt van Opdrachtgever. In onderhavige kwestie was het DO afkomstig van Opdrachtgever en is Opdrachtgever aldus verantwoordelijk voor de juistheid van het DO. Gezien de uitgangspunten van de UAV-GC (§ 3 lid 2, 3 UAV-GC) een logische uitspraak.

7. Ten aanzien van de door Opdrachtgever gestelde 'grondige analyse' die Opdrachtnemer zou moeten uitvoeren van het ontwerp afkomstig van Opdrachtgever, overwegen arbiters als volgt:

“Opdrachtgeefster heeft in dit verband nog betoogd dat aannemster bij een UAV-GC contract de eisen uit de overeenkomst veel fundamentele moet analyseren dan bij andere contracten, omdat zij zelf een 'oplossingsrichting' zou moeten kiezen. Voor zover dit uitgangspunt al in zijn algemeenheid juist zou zijn, hetgeen aannemster gemotiveerd betwist, geldt dat opdrachtgeefster zelf stelt dat aannemster zich blijkens haar Plan van Aanpak grondig had verdiept in het DO en dat voor haar duidelijk was welke ontwerp-/engineeringwerkzaamheden zij moest verrichten (zie r.o. 60). Van een tekortkoming van aannemster op dit punt is arbiters dan ook niet gebleken.”<sup>10</sup>

Op de meer principiële stelling dat de analyse van een Vraagspecificatie in een UAV-GC contract grondiger gebeurt, hetgeen mogelijk sneller zou kunnen leiden tot het aannemen van een waarschuwingplicht van Opdrachtnemer, gaan arbiters niet in. Zij stellen enkel vast dat de Opdrachtnemer wel grondig heeft geanalyseerd en dat van een tekortkoming niet is gebleken.

8. In het kader van de aanspraken van Opdrachtnemer op vergoeding van door haar gemaakte kosten als gevolg van wijzigingen en/of onjuistheden in de verstrekte informatie, is verder van belang dat arbiters constateren dat partijen zich niet altijd naar de uitgangspunten uit de UAV-GC hebben gedragen. Mijn ervaring in de praktijk is dat die uitgangspunten door UAV-GC contractanten in heel veel gevallen niet worden gevolgd. Dat is aan de orde van de dag. Arbiters maken evenwel duidelijk dat voor Opdrachtgever in beginsel geen andere rol is weggelegd tijdens de uitvoering dan de in de overeenkomst vastgelegde toetsings- en acceptatiewerkzaamheden (artikel 11 en 12 Basisovereenkomst) uit te voeren op het juiste moment. Daarnaast moet Opdrachtgever beslissingen nemen over *door Opdrachtnemer voorgestelde* Wijzigingen, waarmee arbiters naar ik aanneem wijzigingsvoorstellen op de voet van § 15 UAV-GC bedoelen.<sup>11</sup>

9. Doordat de architect van de Opdrachtgever zich regelmatig met de uitvoering bemoeide en in bepaalde gevallen (gezien de eisen uit de Vraagspecificatie) ten onrechte bezwaar maakte tegen ontwerpdocumenten van Opdrachtnemer,<sup>12</sup> wordt terecht geconcludeerd dat de uitgangspunten uit de UAV-GC niet werden gevolgd. Daar waar een Opdrachtnemer immers een ontwerpdocument indient dat voldoet aan de eisen uit de Vraagspecificatie, mag goedkeuring/acceptatie daaraan niet onthouden worden. Het volharden in een onterechte weigering van goedkeuring / acceptatie aan opdrachtgeverszijde leidt feitelijk tot wijzi-

7 Alinea 112.

8 Alinea 112.

9 RvA 6 februari 2017, nr. 35.620 (“Bovenbouwvernieuwing spoor”) m.nt. M.R. Lim (BR 2017/66).

10 Alinea 114.

11 Alinea 113.

12 Zie bijvoorbeeld alinea's 114 en 133, 134, 136, 137.

gingen. Arbiters spreken in dit verband over 'door de architect opgedragen wijzigingen', waarbij arbiters de juridische grondslag voor de toewijzing van de hiermee samenhangende vorderingen wat in het midden lijken te laten.

10. Er wordt niet expliciet gesproken over een toewijzing vanwege een Wijziging uit § 14 jo. 45 UAV-GC. Arbiters spreken over een recht op bijbetaling vanwege door de architect opgedragen wijzigingen, doch verwijzen in de inleidende overwegingen naast § 45, ook naar § 44, welke paragraaf een grondslag voor bijbetaling vormt:

"Beide partijen zijn zich van de complexiteit en de risico's van het ontwerp bewust geweest. Arbiters zijn van oordeel dat dit aspect, bezien in samenhang met de hiervoor in r.o. 114 overwogen regelmatige bemoeienis namens opdrachtgeefster bij de uitvoering, aanleiding geeft tot het oordeel dat een (eventuele) te late mededeling als bedoeld in paragraaf 44 lid 2 UAV-GC of waarschuwing als 36 bedoeld in paragraaf 4 lid 7 UAV-GC niet zonder meer kan meebrengen dat kosten als gevolg van onvolkomenheden in het DO ten laste dienen te komen van aanneemster. Dit op grond van de aard van de overeenkomst, het systeem van de UAV-GC en de eisen van redelijkheid en billijkheid.

116. Tenslotte overwegen arbiters dat, gelijk aanneemster stelt, zowel paragraaf 44 als paragraaf 45 UAV-GC recht geven op "een redelijke opslag voor algemene kosten winst en risico".<sup>13</sup>

Een vordering die vanwege de hiervoor besproken 'houding' van de architect/opdrachtgever is toegewezen betreft de extra kosten gemoeid met de wijze van uitvoering waaraan Opdrachtgever wenste vast te houden, hetgeen feitelijk een aanvullende voorwaarde betrof bovenop de Vraagspecificatie of een afwijking van het DO van Opdrachtgever. Klaarblijkelijk zijn op aanwijzing van de architect (duurdere) stekkenbakken toegepast zodat geen stortnaad zichtbaar zou zijn, terwijl dat niet vereist was in de Vraagspecificatie en is een andere stortvolgorde opgedragen.

11. Een andere vordering van Opdrachtnemer die besproken wordt betreft een vordering vanwege een (fors) grotere hoeveelheid verwerkte wapening. De door Opdrachtgever opgegeven hoeveelheid wapening bleek circa 200 ton te laag te zijn, op een totaal van uiteindelijk 477 ton verwerkte wapening. Arbiters oordelen dat de verstrekte wapeningsindicatie in hoge mate onjuist was. Opdrachtgever is daarvoor verantwoordelijk, zowel op grond van § 3 lid 1 als § 3 lid 2 UAV-GC. Dit geeft Opdrachtnemer recht op bijbetaling (§ 44 lid 1 aanhef en onder b UAV-GC). Schending van de waarschuwingsplicht die Opdrachtgever in dit verband had bepleit, is niet aangenomen. Opdrachtnemer had de indicatieve hoeveelheid niet eens op juistheid kunnen controleren omdat zij niet beschikte over gedetailleerde berekeningen waarover Opdrachtgever overigens wel beschikte. Daarbij komt volgens arbiters dat ook voldoende

aannemelijk is geworden dat Opdrachtgever wist dat de opgegeven indicatieve hoeveelheid te laag was. Arbiters overwegen dat het op de weg van Opdrachtgever had gelegen dit aan Opdrachtnemer mee te delen. Waarschijnlijk is daarom de vordering evenzeer op grond van § 3 lid 1 UAV-GC (de informatieplicht van de Opdrachtgever) toegewezen.<sup>14</sup>

12. De verdragingsvorderingen van Opdrachtnemer komen niet voor vergoeding in aanmerking omdat Opdrachtnemer er volgens arbiters niet in is geslaagd om aan te tonen welke oorzaken toerekenbaar aan Opdrachtgever tot een vertraging op het kritieke pad hebben geleid.<sup>15</sup> Verder overwegen arbiters ook dat Opdrachtnemer haar aanspraken vanwege niet met voldoende bekwame spoed kenbaar heeft gemaakt.<sup>16</sup> In reconventie stellen arbiters nog vast dat Opdrachtnemer tekort is geschoten in haar herstelverplichtingen in het kader van gebreken lekkage, hang- en sluitwerk deuren en luchtbehandelingskokers. De overwegingen in dit kader zijn vanuit UAV-GC perspectief verder niet zo relevant, reden waarom ik ze in deze noot verder buiten beschouwing laat.

13. Dat arbiters (en secretaris) er in deze uitspraak voor gekozen hebben de principes uit de UAV-GC uitgebreid uiteen te zetten en vanuit dit kader de vorderingen te beoordelen, vind ik een zeer welkome ontwikkeling. Dit maakt de uitspraken beter leesbaar en geeft houvast, zeker als de principes uit de UAV-GC ook daadwerkelijk worden toegepast.

*L.E.M. Haverkort*

<sup>13</sup> Alinea's 115 en 116.