

## NOOT

1. Deze uitspraak gaat over twee aspecten. Het eerste aspect gaat over de vraag wat het betekent wanneer in een vraagspecificatie de aannemer de ruimte wordt gegeven te optimaliseren, terwijl tegelijkertijd de opdrachtgever in de vraagspecificatie wel al bepaalde keuzes heeft gemaakt. Het tweede aspect gaat over het stellen van vragen bij inlichtingen en welke consequenties aan het antwoord op een vraag verbonden mogen worden. De inhoudelijke discussie richt zich op de vraag welke materialen verwerkt mogen worden in de te realiseren waterkeringen en in de op te hogen terp op basis van de vraagspecificatie en op basis van de in verband hiermee bij inlichtingen gestelde vraag.

## Optimalisaties

2. Blijkens het vonnis in eerste aanleg verkeerde de aannemer kennelijk in de veronderstelling dat de vraagspecificatie hem een ruime keuzevrijheid gaf, zodanig dat het hem was toegestaan om naast grond ook staalslakken te verwerken voor de ophogingswerkzaamheden. In de voor dit werk toepasselijke eisenspecificatie was immers vermeld dat het definitief ontwerp informatief was en ruimte liet voor optimalisaties. In de eisenspecificatie werd in dit verband slechts de term 'materiaal' voor de te realiseren waterkeringen gebruikt en de term 'ophoogmateriaal' voor de ophoging van de terp.

3. De opdrachtgever vond dat van een dergelijke keuzevrijheid geen sprake was. De eisenspecificatie gaf juist voor de waterkering aan (zie het vonnis in eerste aanleg onder rechtsoverweging 12 en onder rechtsoverweging 21): *'als materiaal voor de waterkeringen dient grond te zijn toegepast'*, en voorts voor de terp: *'als ophoogmateriaal van [de terp] dient grond te zijn toegepast'*. Kortom, er diende in alle gevallen grond te worden toegepast. De aannemer vond op zijn beurt dat de eis dat 'grond' diende te worden toegepast niets zegt over de hoeveelheid grond die (ten opzichte van andere materiaalsoorten) mocht worden verwerkt. De wijziging naar grond in het kader van de te verwerken 'materialen' moest volgens de aannemer zijn niet worden opgevat als 'uitsluitend' grond maar als 'in ieder geval' grond. De aannemer ging er op die grond dus vanuit dat behalve 'grond' ook staalslakken mochten worden verwerkt.

4. Zowel arbiters in eerste aanleg als arbiters in hoger beroep delen deze opvatting van de aannemer niet. Appellarbiters overwogen dat de opdrachtgever in de eisenspecificatie duidelijk heeft aangegeven dat als 'materiaal' respectievelijk 'ophoogmateriaal' steeds 'grond' dient te worden toegepast. Een vraagspecificatie geeft de grenzen aan waarbinnen een aannemer zijn ontwerp heeft te realiseren. Dat veronderstelt een zekere vrijheid maar tegelijkertijd wordt die vrijheid beperkt door de grenzen die in de vraagspecificatie worden aangegeven. Nu blijkens de uitspraak de opdrachtgever ervoor heeft gekozen een 'definitief ontwerp' in de markt te zetten, veronderstelt dit dat de opdrachtgever ten aanzien van het ontwerp al verregaande keuzes heeft gemaakt. De opdrachtgever kan immers in de vraagspeci-

ficatie - in de woorden van de toelichting bij artikel 5 van de Model-Basisovereenkomst (p. 21) - zijn verwachtingspatroon in meer of mindere mate detailleren. Kiest de opdrachtgever voor een hoog detailniveau, dan ligt het voor de hand dat de dan nog toegestane optimalisaties binnen de door de opdrachtgever gegeven ontwerpkeuzes moeten blijven. Zo ook in kwestie, waar dit tot gevolg heeft dat optimalisaties plaats moeten vinden binnen de definitiegrenzen van 'grond'. Staalslakken vallen niet binnen die grenzen en dus heeft de aannemer binnen zijn ontwerpverantwoordelijkheid niet de mogelijkheid om voor staalslakken te kiezen. In dit verband zij ten overvloede nog opgemerkt dat in het geval de opdrachtgever juist niet kiest voor een hoog detailniveau en de aannemer de vraagspecificatie dient uit te werken tot respectievelijk een voorlopig ontwerp, een definitief ontwerp en een uitvoeringsontwerp (artikel 5, optie 1 Model Basisovereenkomst) de figuur van optimalisaties minder snel in beeld zal komen, nu, zo lijkt mij, optimalisaties dan impliciet in de (ruime) ontwerpopdracht besloten liggen.

## Vragen bij inlichtingen

5. Vervolgens komt het tweede aspect in beeld, namelijk of met het antwoord op de door de aannemer in het kader van de individuele inlichtingenronde gestelde vraag, de eisen van de vraagspecificatie alsnog zodanig zijn verruimd dat de toepassing van staalslakken toch zou zijn toegestaan. Zou dat zo zijn dan is dat wat partijen contractueel bindt en dan zou de eis van de opdrachtgever om toch uitsluitend grond te verwerken daar juist weer van afwijken en in dat geval een wijziging in de zin van paragraaf 14 UAV-GC opleveren. En dit verklaart weer dat de opdrachtgever een verklaring voor recht heeft gevorderd dat van zo'n wijziging geen sprake is. Maar leidde nu het antwoord op de gestelde vraag tot een wijziging van de vraagspecificatie in die zin dat staalslakken alsnog verwerkt mochten worden?

6. De vraag van de aannemer luidde als volgt: *'Is het gebruik van secundaire bouwstoffen zoals bijvoorbeeld thermisch gereinigd zand, toegestaan voor ophoging van C en voor de kernaanvulling van de dijklichamen?'* Het antwoord van de opdrachtgever luidde vervolgens: *'Er worden hier geen bezwaren gezien, mits met dit materiaal kan worden voldaan aan de eisen uit de specificatie.'* De aannemer stelde hiermee te hebben gevraagd of secundaire bouwstoffen zijn toegestaan en vond dat hij als antwoord 'ja' heeft gekregen en dus mochten ook staalslakken worden verwerkt. De opdrachtgever vond juist dat zij met haar antwoord duidelijk heeft aangegeven juist niet te hebben willen afwijken van de vraagspecificatie die immers consequent uitging van de toepassing van grond en dat dus juist geen staalslakken mochten worden toegepast. Het pleit werd uiteindelijk in het nadeel van de aannemer beslecht en dat is niet verwonderlijk.

7. De aannemer heeft immers geen eenduidige vraag gesteld die (bijvoorbeeld) met een duidelijk 'ja' of 'nee' door de opdrachtgever werd beantwoord waaruit hij - en ook de opdrachtgever - ondubbelzinnig een afwijking van de vraagspecificatie mocht begrijpen. Sterker, zowel de vraag



Staaalslakken

als het antwoord, zo zou gesteld kunnen worden, kennen een toevoeging die er op wijst dat juist niet van de vraagspecificatie is of wordt afgeweken. De aannemer laat immers zijn vraag of secundaire bouwstoffen mogen worden toegepast, gepaard gaan met een voorbeeld - namelijk thermisch gereinigd zand - dat op zichzelf niet in strijd is met de vraagspecificatie. Wordt de vraag gelezen in combinatie met dit voorbeeld, dan hoefde de opdrachtgever er niet op bedacht te zijn dat eigenlijk toestemming werd gevraagd voor de toepassing van iets heel anders dan grond, namelijk staalslakken. De vraag of secundaire bouwstoffen mochten worden toegepast leek vervolgens weliswaar bevestigend te worden beantwoord, maar ook hier met een toevoeging, namelijk dat met het toe te passen materiaal nog steeds wel voldaan moest worden aan de eisen uit de specificatie. Zowel het voorbeeld van de aannemer als deze 'mits' van de opdrachtgever, maken dat het gegeven antwoord niet de door de aannemer zo gewenste verruiming van de vraagspecificatie heeft opgeleverd.

**8.** Had de aannemer anders gewild, zo maken arbiters duidelijk, dan had de aannemer maar duidelijker moeten aangeven wat hij precies wilde weten. Appellarbiters zijn dan ook van oordeel dat het verwijt van de aannemer dat de opdrachtgever verantwoordelijk is voor onduidelijke of tegenstrijdige informatie niet terecht is omdat het antwoord op de door de aannemer gestelde vraag noch onduidelijk noch tegenstrijdig was. Heel concreet geven arbiters aan: 'Van degene die een vraag stelt, mag worden verwacht dat deze aangeeft wat hij/zij precies wil weten. Wanneer de aannemer wilde weten of zij staalslakken mocht toepassen, had zij dat - zeker in een individuele vraag - kunnen vragen. Indien de aannemer met het oog op de toepassing van secundaire bouwstoffen die niet voldoen aan de kwalificatie 'grond' in het antwoord 'ja, mits' een tegenstrijdigheid had gezien, had het op haar weg gelegen om opheldering te vragen. De aannemer mocht in ieder geval uit het antwoord 'ja, mits' op de vraag of het gebruik van secundaire bouwstoffen

zoals thermisch gereinigd zand was toegestaan, niet afleiden dat alle secundaire bouwstoffen waren toegestaan.'

**9.** Hiermee lijkt het er op dat arbiters tevens duidelijk hebben willen maken dat een verruiming van de in de vraagspecificatie neergelegde eisen als gevolg van een antwoord op een gestelde vraag niet al te snel mag worden aangenomen. De lijn van appellarbiters lijkt te zijn dat de eenduidigheid van de vraag ook de eenduidigheid, en daarmee ook de consequenties, van het antwoord bepaalt. Het risico ligt hier bij de aannemer. In geval van twijfel is geen sprake van een afwijking of aanpassing van de vraagspecificatie. Het is aan de aannemer om helder te krijgen of zijn wens nu wel of niet mogelijk is dan wel als wijziging kan worden ingewilligd. Van een dergelijke helderheid had wellicht sprake kunnen zijn in het geval de vraag gesteld zou zijn of secundaire bouwstoffen mochten worden toegepast en daarop een zonneklaar bevestigend antwoord zou zijn gevolgd. Door echter de vraag te combineren met een voorbeeld dat op zichzelf niet afwijkt van de eisen van de vraagspecificatie (thermisch gereinigd zand kan immers gekwalificeerd worden als grond) heeft de aannemer het risico aanvaard dat het verkregen antwoord ook alleen in het licht van dat gegeven voorbeeld mag worden uitgelegd. Doordat de opdrachtgever bovendien in haar antwoord heeft aangegeven dat de aannemer wel moest blijven voldoen aan de eisen van de vraagspecificatie, hebben vraag en antwoord niet tot een aanpassing van de vraagspecificatie geleid.

**10.** De 'ja, mits' van de opdrachtgever bewijst in dit geval haar nut omdat deze toevoeging bovendien een beroep op dwaling erg lastig maakt. Voor een geslaagd beroep op dwaling is immers noodzakelijk dat voldaan moet zijn aan het zogenaamde 'kenbaarheidsvereiste' (Groene Serie Verbintenissenrecht (Kluwer), aantekening A4 bij artikel 6:228, nadere uitwerking in aantekening 86 e.v.). Dat is de eis dat de wederpartij - in dit geval de opdrachtgever - begreep of moest begrijpen dat het bewuste punt voor de aannemer van doorslaggevende betekenis was om de overeen-

komt op deze voorwaarden (staalslakken zijn toegestaan) te aanvaarden. Juist gelet ook op de duidelijke 'mits' van de opdrachtgever zal aan dit vereiste niet snel voldaan zijn. Ofschoon het oordeel over het beroep op dwaling in eerste aanleg summier is, en in hoger beroep zelfs niet meer met zoveel woorden aan de orde komt, maakt het hiervoor weergegeven citaat van arbiters wel duidelijk dat een beroep op dwaling bovendien zal afstuiten op lid 2 van artikel 6:228 BW. Daarin is immers bepaald dat een beroep op dwaling

niet kan slagen als de omstandigheid voor rekening van de dwalende hoort te blijven. Daaronder valt (onder meer) de situatie dat de dwalende te weinig onderzoek heeft verricht. Arbiters later er geen misverstand over bestaan dat daarvan sprake is zodat de overeenkomst ook op grond van dwaling niet aantastbaar zal kunnen zijn.

E.W.J. van Dijk

## TBR 2015/66

**Raad van Arbitrage voor de Bouw, 30 december 2014, No. 71.932 (Uitleg par. 15 UAV-GC)**

(Mr. J.C. van Dijk, L.Th. Verriet en ir. M. Schellekens)

**UAV-GC 2005: par. 14, par. 15, par. 20, par. 21, par. 22, par. 23. Model Basisovereenkomst: art. 3, art. 11, art. 12**

**Plan van aanpak slibverwerkingssysteem. Uitwerking VO. Verzoek tot wijziging Plan van Aanpak. Opdrachtgever weigert wijziging. Aannemer legt werk neer:**

**Met gastnoot R.G.T. Bleeker<sup>1</sup>, Red.**

**De gronden van de beslissing in principaal en incidenteel appel**

**De bevoegdheid en de ontvankelijkheid**

**5.** De bevoegdheid van appellarbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast.

**6.** De memorie van grieven in principaal appel is binnen drie maanden na datum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de Raad. Het incidenteel appel is ingesteld bij memorie van antwoord. Partijen zijn derhalve in zoverre ontvankelijk in hun appel.

**Het geschil in eerste aanleg**

**7.** Tussen partijen is een geschil ontstaan naar aanleiding van de tussen partijen onder de vigeur van de UAV-GC 2005 op 26 april 2012 tot stand gekomen overeenkomst inzake de aanpassing van de C., inhoudende het ontwerpen, aanpassen, uitbreiden en deels meerjarig onderhouden van het slibverwerkingssysteem.

**8.** Opdrachtgever heeft in eerste aanleg gesteld dat aannemster ten onrechte in plaats van de in haar plan van aanpak opgenomen pistonpompen (ook wel: zuigerpompen), vijzels (ook wel: schroefpompen) wenst toe te passen voor het verticaal transport van slib en als zodanig heeft opgenomen in haar definitief ontwerp (DO). Zij heeft

gesteld dat zij het betreffende wijzigingsvoorstel op grond van paragraaf 15 lid 4 UAV-GC 2005 zonder opgave van redenen mag weigeren en heeft geconcludeerd:

**MET CONCLUSIE:**

dat U, althans een door U te benoemen scheidsgerecht, bij arbitraal vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

- verklaart voor recht dat [aannemster] in het project C. een deugdelijk systeem met pistonpompen, zoals dit is opgenomen in de van de Overeenkomst onderdeel uitmakende Aanbieding, dient te realiseren, voorafgaande waarvan zij dit systeem dient uit te werken en dit in een (aangepast) DO ter toetsing aan [opdrachtgever] dient voor te leggen;

- [aannemster] veroordeelt om in het project C. een deugdelijk systeem met pistonpompen, zoals dit is opgenomen in de van de Overeenkomst onderdeel uitmakende Aanbieding, te realiseren, op straffe van een dwangsom van € 5.000,-- per kalenderdag dat zij hiermee in gebreke blijft te berekenen vanaf het moment dat [aannemster] ter plaatse een andersoortig systeem heeft aangebracht, waaronder begrepen: een systeem met vijzels, tot het moment dat [aannemster] alsnog een systeem met pistonpompen overeenkomstig de Aanbieding heeft aangebracht;

- [aannemster] veroordeelt tot betaling van € 5.000,-- aan buitengerechtigde kosten, te vermeerderen met de wettelijke rente indien niet uiterlijk binnen twee weken na dagtekening van het vonnis betaling door [opdrachtgever] is ontvangen, te berekenen vanaf dat moment tot aan de dag der algehele betaling;

- [aannemster] veroordeelt tot betaling van de kosten van deze procedure waaronder begrepen de kosten van rechtsbijstand aan de zijde van [opdrachtgever], te vermeerderen met de wettelijke rente indien niet uiterlijk binnen twee weken betaling door [opdrachtgever] is ontvangen, te berekenen vanaf dat moment tot aan de dag der algehele betaling.

**9.** Als verweer heeft aannemster in eerste aanleg aangevoerd dat het systeem met vijzels voldoet aan de eisen van de overeenkomst en op grond van paragraaf 15 lid 2 UAV-GC 2005 ter toetsing is voorgelegd aan opdrachtgever, alsmede dat opdrachtgever de wijziging niet mag weigeren en dat geen afwijkinsrapport (AWR)

<sup>1</sup> Rob Bleeker is advocaat bij Rozemond Advocaten te Amsterdam.