

TBR 2013/7

Kroniek rechtspraak UAV-gc

Mr. E.W.J. van Dijk¹

In 2000 is de UAV-gc als contractvorm in de markt geïntroduceerd. Eerst als pilot, daarna als definitieve contractvorm. De kinderziektes die nog in de UAV-gc 2000 zijn aangetroffen zijn eruit gehaald naar aanleiding van de ervaringen die in de pilotfase zijn opgedaan en een en ander heeft uiteindelijk geresulteerd in de UAV-gc 2005.

Inmiddels is ook de UAV-gc 2005 al weer een tijdje in gebruik en wordt het tijd om alle rechtspraak die tot op heden is geweest en direct of indirect verband houdt met de UAV-gc op een rij te zetten. In twaalf jaar tijd zijn dat er nog niet heel veel. Ruim 20 uitspraken zagen inmiddels het licht. De meeste afkomstig van de Raad van Arbitrage voor de Bouw.² Voor zover dat met de beperkte hoeveelheid rechtspraak mogelijk is, heb ik getracht een categorisering aan te brengen. Een aantal uitspraken wordt om die reden onder meerdere categorieën besproken.³

1. Toepasselijkheid algemene voorwaarden, ontvankelijkheid, bevoegdheid

In het kader van een bevoegdheidsincident stelt aanneemster dat haar niet duidelijk is welke algemene voorwaarden van toepassing zijn geworden: de UAV 1989 of de UAV-gc 2000. Nu geen van deze voorwaarden aan aanneemster ter hand zijn gesteld, meent aanneemster dat deze vernietigbaar zijn. Ondanks dat aanneemster wordt geacht bekend te zijn met de in de bouw gangbare algemene voorwaarden, waaronder ook de UAV, is arbiter met aanneemster van oordeel dat het arbitraal beding dient te worden vernietigd⁴ zodat arbiter niet bevoegd is kennis te nemen van het geschil. Het antwoord op de vraag wat precies met 'UAV' in het onderhavige geval wordt bedoeld, kan naar oordeel van arbiter

in dit incident in het midden worden gelaten gezien het feit dat voor alle versies UAV geldt dat deze op gelijke wijze vernietigbaar zijn.⁵

In een andere kwestie werd een bevoegdheidsincident opgeworpen omdat de standaardtekst uit artikel 1, lid 2 van de model basisovereenkomst – 'Op de overeenkomst zijn van toepassing de UAV-gc 2005'- was geschrapt. Dus zouden ook de UAV-gc 2005 niet van toepassing zijn. Arbiters vonden dit te kort door de bocht en overwogen: 'De ondergetekenden constateren met opdrachtgeefster dat artikel 3 van de overeenkomst bepaalt dat de UAV-gc 2005 tot de contractdocumenten behoren, die 'in onderlinge samenhang rechten en verplichtingen die voor partijen uit de overeenkomst voortvloeien' omschrijven. Dat kan niet anders betekenen dan dat de bepalingen in de UAV-gc 2005 in beginsel de rechten en verplichtingen van partijen mede beschrijven. Dat zulks niet direct in artikel 1 is bepaald, is niet relevant.' En verder: 'Het moge zo zijn dat de standaardovereenkomst thans een expliciete bepaling omtrent de toepasselijkheid van de UAV-gc 2005 kent, dat neemt niet weg dat zelfs als die bepaling zou zijn geschrapt, het vervolg van de overeenkomst en met name artikel 3 de gelding van de UAV-gc 2005 in zijn geheel weer bepaalt. Overigens is de bedoelde bepaling volgens aanneemster niet geschrapt, maar is een oudere versie van de standaardakte gebruikt, waar die bepaling nog niet in stond. Juist is inderdaad dat in de model basisovereenkomst bij de UAV-gc 2000 artikel 1 geen tweede lid kende'.⁶

Vervolgens een procedure waarbij door aanneemster werd gesteld dat de UAV-gc 2005 van toepassing zijn verklaard. Hier waren arbiters kort over. De voorwaarden zijn door aanneemster niet ter hand gesteld met het gevolg dat opdrachtgeefster terecht bij memorie van dupliek en bij mondelinge behan-

1 Edwin van Dijk is als advocaat werkzaam bij Bierman Advocaten in Tiel.

2 In een tweetal getraceerde uitspraken werden de UAV-gc wel genoemd, maar ook niet meer dan dat. Vgl. Voorzieningenrechter Rb. Arnhem 5 november 2007, LJN: BB7538 (niet gepubliceerd) en Rb. Utrecht 23 april 2008, LJN: BD0112 (niet gepubliceerd). Rechtspraak waarin een UAV-gc-contract onderwerp is geweest van een aanbestedingsprocedure (kort geding) laat ik in dit artikel onbesproken.

3 In 2013 zal in dit tijdschrift een artikel verschijnen van mr. R.G.T. Bleeker met een kritische bespreking van de belangrijkste onderdelen van de UAV-gc 2005 zelf.

4 Arbiter is namelijk van oordeel dat, nu de beslechting van geschillen door de overheidsrechter een grondwettelijk recht is, afwijking daarvan in de vorm van arbitrage uitdrukkelijk tussen partijen overeengekomen had moeten worden. En dat was niet het geval.

5 RvA 22 februari 2005, No. 26.744 (niet gepubliceerd).

deling de nietigheid van alle bepalingen daarvan heeft ingeroepen.⁷

Sommige zaken zijn onder de UAV-gc niet anders. Indien bij een incasso kort geding arbiters van oordeel zijn dat het geschil te complex is en het zich daardoor niet leent voor behandeling in kort geding, volgt ook bij een geïntegreerd contract afwijzing van de vordering.⁸

De volgende uitspraak maakt duidelijk dat ook een UAV-gc contract deugdelijk naar een onderaannemer moet worden doorgecontracteerd. Arbiters overwegen te dien aanzien als volgt: *'Voor zijn oordeel over al het voorgaande gaat arbiter primair en voor alles uit van de onderaannemingsovereenkomst van maart 2008. Daarin is over enige ontwerpverantwoordelijkheid niets te lezen. Het moge zo zijn dat hoofdaanneemster (de Combinatie) zelf met de staat heeft gecontracteerd op basis van de UAV-gc 2005, met daarin dus, mogelijk een wezenlijke ontwerp-inbreng en -plicht. Edoch in de relatie met onderaanneemster blijkt niet van eenzelfde afspraak.'* In het verleden hiervan zijn arbiters van oordeel dat een ontwerpverantwoordelijkheid ondubbelzinnig uit de overeenkomst moet blijken. Het enkele feit dat onderaanneemster betrokken is geweest in de tenderfase, maakt dit niet anders.⁹

In de onderaannemingsovereenkomst is aanvaankelijk de gewone rechter bevoegd verklaard, maar partijen komen overeen om uitsluitend *'dit specifieke geschil conform paragraaf 47 UAV-gc 2005'* aan de Raad van Arbitrage voor te leggen. De Raad vindt daarom dat zij zich niet over het gehele geschil kan buigen en verklaart zich onbevoegd omdat uit de bewoordingen van de brief waarin de Raad bevoegd werd verklaard volgt dat partijen hebben beoogd uitsluitend het geschil door de Raad te laten beslechten over reeds voor de drukschotten gemaakte kosten. Daaronder valt niet het geschil over de aansprakelijkheid voor de kosten van toekomstige verplaatsingen.¹⁰

2. Informatieverstrekking, documenten, informatieplicht

Arbiters hadden te oordelen over een werk waarbij aanneemster een bergbezinkbassin diende te realiseren. Onderdeel van het werk was het baggeren

en afvoeren van slib. Voor wat betreft de ontwerpwerkzaamheden was aanneemster verantwoordelijk voor het maken van het definitief ontwerp en het uitvoeringsontwerp (artikel 5 Basisovereenkomst). De omvang van het te baggeren slib was aangegeven op tekening. De nota van inlichtingen noemde het totale oppervlakte van de vijver en bevatte de volgende passage: *'Ter indicatie gegevens 1996: Oppervlak voorvijver ca. 2100m². Afgevoerd Slib 760 ton.'* Aanneemster is op basis van deze gegevens gaan rekenen. Opdrachtgeefster vond dit te kort door de bocht. Aanneemster had, vanwege zijn ontwerpverantwoordelijkheid, ook zelf de benodigde gegevens moeten verzamelen. Arbiters waren het hier niet mee eens. Verstreckt opdrachtgeefster geen gegevens, dan is het aanneemster die de gegevens moet verzamelen. Maar verstreckt opdrachtgeefster wel gegevens dan kan het aanneemster niet verweten worden dat zij deze gegevens serieus neemt en mag zij er vanuit gaan dat zij zich ook op de bruikbaarheid van die gegevens kan verlaten. Aanneemster zal wel moeten beoordelen of zij een onzekerheidsmarge in acht moet nemen, wanneer, zoals in kwestie, gegevens gedateerd (kunnen) zijn, dan wel wanneer slechts 'circa'-hoeveelheden worden vermeld.¹¹

In een andere uitspraak werd het ontwerp en de uitvoering opgedragen van verhoogd aan te brengen viaducten in een gebied waar explosieven uit de tweede wereldoorlog zouden kunnen liggen. Volgens de contractdocumenten werd het explosievenonderzoek door opdrachtgeefster uitgevoerd en zou dit bij gunning zijn afgerond. Uitgaande van *trillingsvrij* heien heeft vervolgens een explosievenonderzoek plaatsgevonden. Aanneemster was echter voornemens om *niet* trillingsvrij te heien. In dat geval diende volgens opdrachtgeefster aanneemster zelf een aanvullend NGE (Niet Gesprongen Explosieven) bodemonderzoek uit te voeren. Aanneemster was het daarmee niet eens. Arbiters uiteindelijk ook niet. Uit de contractstukken bleek voldoende duidelijk dat opdrachtgeefster het gehele NGE onderzoek voor haar rekening zou nemen. Arbiters zijn bovendien van oordeel dat NGE-onderzoek, zelfs onafhankelijk van het te gebruiken contract, een verantwoordelijkheid van opdrachtgeefster is. Temeer opdrachtgeefster er immers voor dient te zorgen dat aanneemster tijdig kan beschikken over het terrein waarin het werk moet worden gerealiseerd.¹² Alleen wanneer dit vooraf expliciet

6 RvA 12 december 2008, No. 30.692 (niet gepubliceerd). In hoger beroep blijft dit oordeel in stand, vgl. RvA 20 juli 2009, No. 71.418 (niet gepubliceerd).

7 RvA 19 januari 2009, No. 28.699 (niet gepubliceerd). In appel komt deze discussie in het geheel niet meer terug. Vgl. RvA 14 december 2010, No. 71.420 (niet gepubliceerd).

8 RvA 6 februari 2009, No. 30.885 (niet gepubliceerd).

9 RvA 21 juli 2010, No. 32.490 (niet gepubliceerd).

10 RvA 1 november 2012, No. 33.167 (niet gepubliceerd).

11 RvA 21 augustus 2007, No. 27.733, *TBR* 2008/130, met noot E.W.J. van Dijk.

12 Althoewel door arbiters niet expliciet genoemd wordt hier feitelijk toepassing gegeven aan paragraaf 3, lid 1, sub b UAV-GC.

kenbaar zou zijn gemaakt, zou NGE-onderzoek een verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer kunnen zijn.¹³

Een op het hiervoor besproken vonnis van 21 augustus 2007 naadloos aansluitende uitspraak is de volgende. In deze zaak diende aanneemster een bodemverdedigings- en grondkerende constructie van enkele meerplaatsen te realiseren. Hierbij diende aanneemster aan de volgende functionele eis te voldoen: *‘De bodembescherming dient sterk genoeg te zijn om de optredende belastingen te kunnen keren van schepen die op het kanaal mogen komen (CEMT-klasse). Dit dient met behulp van de voorgescreven normen te worden aangetoond, uitgaande van de gegeven randvoorwaarden.’* Opdrachtgeefster concentreerde zich op de eerste geciteerde zin. Opdrachtgeefster was van oordeel dat aanneemster had moeten onderzoeken welke schepen exact ‘op het kanaal mogen komen’ en had alsdan van het meest grote schip, in dit geval de zogenaamde *Rijnmax*, uit moeten gaan. Bij de vraagspecificatie was als bindend document opgenomen de RVW (Richtlijnen Vaarwegen) 2005. Uit dit document volgde dat het *Groot Rijnschip* ‘het meeste grote schip’ was. Opdrachtgeefster stelde dat het werk aan de schroefkracht van de nog grotere *Rijnmax* moest voldoen. Dat had aanneemster eenvoudig kunnen vaststellen, bijvoorbeeld door op internet te kijken. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep deelden arbiters deze visie niet. Genoemde RVW is een bindend document, daar moest aanneemster zich dus aan houden en om dezelfde reden hoefde aanneemster ook niet verder te kijken.¹⁴

De kernvraag die arbiters in de navolgende zaak moesten beantwoorden was of de noodzaak tot het plaatsen van kwelerschermen een wijziging in de zin van paragraaf 14 UAV-gc 2005 opleverde, of dat aanneemster deze maatregelen op grond van de in de vraagspecificatie gestelde uitgangspunten en voorwaarden had dienen te voorzien en aldus voor eigen rekening had moeten uitvoeren. Uit het onderhavige vonnis van de Raad van Arbitrage volgt dat de stukken die opdrachtgeefster aan aanneemster ter beschikking stelt op hun merites moeten worden beoordeeld. Wat een aannemer ten behoeve van zijn aanbieding met een document moet of kan, hangt niet alleen af van de wijze waarop dat document in de contractstukken is gedefinieerd of gekwalificeerd, maar vooral ook van het antwoord op de vraag wat de feitelijk de aard van het document is. In kwestie komt aanneemster tijdens het werk tot de

conclusie dat er kwelerschermen aangebracht dienen te worden op het gehele werk. Bij inschrijving had zij slechts met plaatselijke voorzieningen rekening gehouden. Opdrachtgeefster is van oordeel dat aanneemster de gehele ontwerpverantwoordelijkheid heeft waarbij het voorlopig ontwerp slechts een informatief karakter heeft en bovendien niet uitputtend is. Maar strookt het ook met de werkelijkheid dat het voorlopig ontwerp ‘slechts’ is gedefinieerd als informatief document. Arbiters vinden van niet en zijn het met aanneemster eens dat deze betiteling ten onrechte is. Het voorlopig ontwerp, aldus arbiters, dient te worden bezien in relatie tot de bij de inschrijving gegeven documenten en derhalve ook in relatie tot de vraagspecificatie. Arbiters komen hierbij tot de slotsom dat het voorlopig ontwerp niet slechts informatief is doch kennelijk een definitief karakter heeft. De conclusie is dat aanneemster extra maatregelen heeft moeten nemen die gekwalificeerd moeten worden als wijziging in de zin van paragraaf 14 UAV-gc. De financiële consequenties zijn voor rekening van opdrachtgeefster.¹⁵

In de volgende zaak ging het om een in 2006 aanbestede opdracht voor het ontwerpen en realiseren van onderhoudsmaatregelen voor een aantal kunstwerken. Tussen partijen is na het sluiten van de basisovereenkomst een discussie ontstaan over het antwoord op de vraag of een vergunning als bedoeld in artikel 2 Wet beheer rijkswaterstaatswerken (Wbr) is vereist voor voorzieningen, zoals het inrichten van een werkterrein nodig om normale onderhoudswerkzaamheden uit te kunnen voeren, en indien dit het geval is of opdrachtgeefster aanneemster voor het sluiten van de overeenkomst van dit vereiste op de hoogte had dienen te stellen. Op het vergunningaspect ga ik verderop in deze kroniek in. Hier volsta ik met op te merken dat onder expliciete verwijzing naar paragraaf 3, lid 1 UAV-gc 2005 arbiters in eerste aanleg stellen dat opdrachtgeefster niet in strijd met haar in deze paragraaf neergelegde informatieplicht heeft gehandeld. In hoger beroep wordt dit bevestigd. Het geven van aanwijzingen ter zake benodigde vergunningen kan nuttig zijn. Het achterwege laten van aanwijzingen betekent nog niet dat daaraan de conclusie mag worden verbonden dat er dus geen vergunningen nodig zijn, aldus appellarbiters.¹⁶

13 RvA 22 februari 2008, No. 28.942, *TBR* 2008/131, met noot E.W.J. van Dijk.

14 RvA 29 mei 2009, No. 71.407, hoger beroep van RvA 4 mei 2008, No. 30.477, *TBR* 2010/53, 54, met noot E.W.J. van Dijk. In mijn noot stip ik het verband aan tussen het vonnis van 21 augustus 2007 waar het ging om gegevens die ‘ter indicatie’ door de opdrachtgever waren verstrekt en dit vonnis waar het juist gaat om ‘bindende’ documenten.

15 RvA 1 juli 2010, No. 32.254, *TBR* 2011/68, met noot E.W.J. van Dijk.

16 RvA 12 januari 2012, No. 71.654, hoger beroep van RvA 10 januari 2011, No. 31.829 (niet gepubliceerd).

3. Risicoverdeling, risico-inventarisatie, bodemgesteldheid

Niet ongebruikelijk is om een aannemer voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst de gelegenheid te geven een risicoinventarisatie te maken. Dit heeft voor beide partijen consequenties. Omdat opdrachtgeefster het werk aan aannemster heeft gegund mede op basis van de door aannemster ingediende risicoanalyse zijn arbiters van oordeel dat deze deel uitmaakt van de overeenkomst. Aannemster heeft er voorafgaand aan de gunning geen enkele twijfel over laten bestaan dat zij alleen bereid was om het risico te dragen van het vastlopen van de persing ten gevolge van de aanwezigheid van kleine obstakels in het grondlichaam. In de risicoanalyse had aannemster dan wel moeten aangeven wat onder "kleine" obstakels moest worden verstaan, aldus arbiters. Arbiters zijn van oordeel dat het opdrachtgeefster niet op voorhand duidelijk kon en hoefde te zijn wat nu precies onder groot en wat onder klein obstakel moest worden verstaan. Aldus is sprake van een grijs gebied en de consequenties hiervan komen voor aannemster. Dit geldt niet voor alle obstakels in de bodem. Sommige obstakels zijn namelijk zonder meer als groot aan te merken. Het standpunt van opdrachtgeefster dat aannemster bij het uitvoeren van bodemonderzoek en sonderingen deze obstakels had moeten ontdekken, volgen arbiters niet: *'Daarbij zijn arbiters van oordeel dat paragraaf 13 lid 1 van de UAV-gc 2005, waarnaar opdrachtgeefster ook nog verwijst, in dit geval toepassing mist. Weliswaar is de opdrachtnemer op grond van dit artikel verantwoordelijk voor de afstemming van de werkzaamheden op de bodemgesteldheid, maar de aanwezigheid van de onderhavige obstakels in de grond kan naar het oordeel van arbiters niet onder bodemgesteldheid worden gerangschikt. Veeleer gaat het bij dit artikel om afstemming van het werk op de geotechnische gesteldheid van de bodem.'* Waarmee arbiters en passant de reikwijdte van paragraaf 13 reguleren tot slechts geotechnische bodemveranderingen.¹⁷

Een van de vragen die speelden was of aannemster rekening had behoren te houden met nadien door bewoners aangevoerde wijzigingen in het definitief ontwerp (de zogenaamde 'eigenaarswensen'). Arbiters zijn van oordeel dat dit het geval is. In de contractdocumenten is duidelijk aangegeven dat deze wensen tijdens de uitvoering nog naar voren konden worden gebracht en het is een van de kenmerken bij

een Design and Construct concept dat aannemster het risico hiervan op zich neemt. Deze beslissing verwoorden arbiters als volgt en overigens met de nodige nuanceringen: *'Het voorgaande brengt naar het oordeel van arbiters mee, dat K. het risico droeg voor wijzigingen in het DO, voor zover ook na die wijziging een aansluiting redelijkerwijs mogelijk was. In andere woorden, de door eigenaars gewenste aanpassingen in de aansluitingen die redelijkerwijs mogelijk waren diende K. voor eigen rekening te realiseren. Echter: de meer ingrijpende aanpassingen kunnen daarbij niet ten laste van K. komen.'*¹⁸

In deze kwestie ging het om het ontwerpen en realiseren van een wegverbinding, een fietstunnel, een rotonde en enkele aansluitingen op het onderliggende wegennet. In Annex XII.5 is bepaald dat wanneer door het niet ter beschikking zijn van de terreinen als gevolg van archeologische werkzaamheden geen werkzaamheden kunnen worden verricht opdrachtgeefster aan aannemster dient te betalen een vergoeding van € 10.000,00. Het geschil spitst zich toe op het feit dat aannemster vindt dat de vertraging in de terbeschikkingstelling van het werkterrein niet is veroorzaakt door archeologische werkzaamheden, althans dat die terbeschikkingstelling eerst na de in de verdragingsclausule genoemde zes maanden termijn heeft plaatsgevonden, zodat de verdragingsclausule niet van toepassing is en zij de werkelijke schade in rekening mag brengen en dus niet slechts genoeg hoeft te nemen met € 10.000,00. Arbiters delen de opvatting van aannemster niet en overwegen: *'Arbiters zijn van oordeel dat vertraging als gevolg van de uitvoering van archeologische werkzaamheden in de basisovereenkomst en niet ter beschikking zijn van de terreinen als gevolg van archeologische werkzaamheden in de annex XII.5 ruim gelezen moet worden. Het gaat immers om de daardoor noodzakelijke opschorting van de werkzaamheden van aannemster. Of die opschorting noodzakelijk wordt door archeologische opgravingen zelf of door het voorbereiden van de put, waarin die opgravingen dienen plaats te vinden, doet naar het oordeel van arbiters voor aannemster niet ter zake. Voor aannemster is slechts relevant het moment waarop ten gevolge van archeologische opgravingen inclusief de werkzaamheden die die opgravingen mogelijk moeten maken, aannemster het werkterrein tot haar beschikking krijgt. Arbiters passeren de stelling van aannemster derhalve.'*¹⁹

Op basis van het programma van eisen en de daarbij behorende plattegronden is onderaannemster uit-

17 RvA 30 maart 2010, No. 31.0703 (niet gepubliceerd).

18 RvA 7 mei 2009 (tussenvonnissen) en 21 september 2010, No. 30.886 en 31.094 (niet gepubliceerd).

19 RvA 4 juni 2012, No. 33.257 (niet gepubliceerd).

gegaan van 1.350 naregelingen. Uiteindelijk bleken 1.923 naregelingen noodzakelijk. Arbiters doen het werk van onderaannemster eerst nog eens over en komen op basis van het programma van eisen en de plattegronden op iets meer naregelingen uit, namelijk op 1.817. Over de toepasselijke risicoverdeling zijn arbiters duidelijk. Met het aangaan van de verplichting tot het aanbrengen van naregelingen op basis van het programma van eisen heeft onderaannemster het risico dat het aantal regelingen hoger uit kan komen dan waarvan zij is uitgegaan aanvaard. Omdat er echter sprake is van een beduidend groter aantal naregelingen dan onderaannemster op grond van het programma van eisen mocht verwachten, heeft zij recht op verrekening van in dit geval 106 naregelingen.

Voor wat betreft het andere discussiepunt, de geluidsisolatie van de plafonds overwegen arbiters dat het tot de verantwoordelijkheid van onderaannemster behoorde om ervoor te zorgen dat de plafondconstructie aan de eisen met betrekking tot de geluidsisolatie voldoet. Dat de plafondkeuze, zoals door onderaannemster is gesteld, in overleg met aanneemster tot stand is gekomen, doet hieraan niet af. De financiële consequenties zijn voor haar rekening.²⁰

4. Waarschuwingsplicht

Oprachtgeefster heeft de staat van de kunstwerken en de zich daarin bevindende gebreken voorafgaand aan de aanbesteding in kaart laten brengen door een zogenaamd Contractopnamebureau (COB). Vast staat dat inschrijvers niet daadwerkelijk de mogelijkheid hadden om bij de betreffende inspecties aanwezig te zijn, laat staan zich daarop voor te bereiden, waartoe een aantal van maar liefst 64 ordners doorgespit had moeten worden. Bovendien waren er nauwelijks mogelijkheden om vragen te stellen. Daarbovenop kwam dat aan de vierde nota van inlichtingen een annex was toegevoegd die vermeldde dat de opdrachtnemer verantwoordelijk was voor de tijdens de aanbesteding door het COB uitgevoerde contractopnames, meer in het bijzonder dat zij schades die het COB over het hoofd had gezien diende te herstellen. In de negende nota van inlichtingen werd daar ook nog een verregaande waarschuwingsplicht aan toegevoegd. Wat arbiters betreft kon deze gang van zaken de toets der kritiek niet doorstaan. Een beroep op een achteraf geïntroduceerde waarschuwingsplicht is, terwijl alle inspecties al waren afgerond, in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Op de stelling dat aanneemster haar waarschuwingsplicht zou hebben geschonden,

oordeelden Arbiters bovendien dat het ondoenlijk is om in twee maanden tijd 64 ordners te onderzoeken, terwijl er nu juist contractopnames waren om de actuele stand van zaken vast te stellen.²¹

In de eerder al besproken uitspraak over het aanbrengen van kwelschermen werd aanneemster voor de voeten geworpen dat zij haar waarschuwingsplicht zou hebben geschonden. Arbiters waren het daar niet mee eens. Aanneemster had op geen enkele wijze hoeven te voorzien dat op grote schaal kwelschermen geplaatst moesten worden. Dit volgt uit het feit dat opdrachtgeefster de voorkeur heeft gegeven voor grondtechnische oplossingen in geval van piping, dat uit het enkele feit dat de bodem pipinggevoelig is nog niet volgt dat het plaatsen van kwelschermen noodzakelijk is, dat uit sonderingsonderzoek evenmin die noodzaak kan volgen, dat ook het voorlopig ontwerp niet voorziet in het plaatsen van kwelschermen en dit voorlopig ontwerp niet slechts een informatief karakter heeft, en zo noemen arbiters nog een aantal redenen waarom het plaatsen van kwelschermen niet voorzienbaar was en derhalve ook geen sprake is van een schending van de waarschuwingsplicht.²²

5. Eindafrekening, rente

Ter zake de gevorderde rente wijzen arbiters (in eerste aanleg) er, onder verwijzing naar paragraaf 42, lid 1 UAV-gc 2005, op dat toewijzing van rente op rente wordt uitgesloten, zodat niet de wettelijke rente - zoals aanneemster vordert - maar uitsluitend rente tegen het wettelijke rentepercentage kan worden toegewezen. Ter zake de verhoging van de rente met 2% overwegen arbiters dat deze verhoging volgens paragraaf 42 lid 2 UAV-gc 2005 pas kan ingaan 14 dagen na dagtekening van een schriftelijke sommatie. Een sommatiebrief werd niet in het procesdossier aangetroffen. Arbiters willen daarom de memorie van eis, d.d. 26 september 2008, aanmerken als schriftelijke sommatie. In appel echter achten arbiters voldoende aannemelijk dat voorafgaand aan de procedure een sommatiebrief is verzonden gelet op een overgeleide TNT-aflieverbewijs zodat al eerder de twee procentpunten toewijsbaar zijn. Verder zijn appellarbiters van oordeel dat aanneemster aanspraak kan maken op de wettelijke handelsrente in plaats van slechts de wettelijke rente.²³

Oprachtgeefster beroept zich op paragraaf 47, lid 3 UAV-gc waarin kort en goed is aangegeven dat de opdrachtnemer die een geschil over de eindafrekening aanhangig maakt dat moet doen binnen

20 RvA 1 november 2012, No. 33.167 (niet gepubliceerd).

21 RvA 25 juni 2008, No. 30.201 (niet gepubliceerd).

22 RvA 1 juli 2010, No. 32.254 (niet gepubliceerd).

23 RvA 20 juli 2009, No. 71.418 (niet gepubliceerd).

zes maanden nadat opdrachtgeefster hem op deze zes maanden termijn heeft gewezen. Doet zij dat later dan is zij in zijn vorderingen niet ontvankelijk. Deze stelling is door arbiters afgewezen. Weliswaar heeft opdrachtgeefster op enig moment haar beslissing omtrent de eindafrekening kenbaar gemaakt maar daarbij geen verwijzing opgenomen naar de hiervoor bedoelde zes maanden termijn. Dit sluit aan bij de rechtspraak die hierover al bestond in het kader van de UAV 1989^{24, 25}

Arbiters benoemen dat opdrachtgeefster bij haar verweer met name een punt heeft gemaakt van het gegeven dat de gehele meerwerkafpraak pas na de oplevering (eind 2005), dus na afloop van het werk, is aangemeld, namelijk in juli 2006 en daarna, en daarom volgens haar te laat. Zij beroept zich op artikel 7:755 BW en op paragraaf 44, lid 2 UAV-gc 2000 en stelt dat aanneemster nu geen aanspraken meer heeft. Arbiters zijn van oordeel dat deze klacht van opdrachtgeefster niet leidt tot verlies van aanspraken en/of tot rechtsverwerking. Wel mist opdrachtgeefster de kans om zelf tot vaststellingen te komen. Dat betekent dat aanneemster haar aanspraken moet bewijzen, zowel naar grondslag als naar omvang. In geval van twijfel of onduidelijkheid, aldus arbiters volgt afwijzing.²⁶

Ter zake de twee-procentpunten-verhoging (paragraaf 42, lid 2 UAV-gc) blijkt dat deze niet zijn aangezegd. Naar het oordeel van arbiters is er inderdaad geen sprake geweest van voldoende duidelijke schriftelijke aanmaningen. Arbiters zullen de verhoging wel toekennen, maar daarvoor uitgaan van de dag waarop het geschil werd ingeleid.²⁷

6. Vergunningen

In eerste aanleg is met name van belang dat op grond van artikel 2 lid 5 van de basisovereenkomst het werk op 14 december 2006 opgeleverd had moeten worden. In diezelfde bepaling is echter ook aangegeven dat een aantal andere data van belang is waaronder de datum ter zake de aanvraag van de bouwvergunning. Arbiters stellen hiermee vast dat 14 december in die zin niet zonder meer tot uitgangspunt kan worden genomen omdat deze, gelet op de overige in deze bepaling genoemde data, van andere factoren afhankelijk is gesteld. Arbiters stellen daarbij vast dat het niet aan aanneemster heeft gelegen dat de bouwvergunning laat is verstrekt, hierbij is arbiters gebleken dat de vertraging is veroorzaakt doordat opdrachtgeefster aan aanneemster

pas laat een definitieve opgave heeft verstrekt van alle bouwkundige voorzieningen voor de autowas-installatie. Voorts is arbiters ter zitting duidelijk geworden dat de nodige vertraging is ontstaan door de afgifte van de benodigde vergunningen, door de bouwstop als gevolg van problemen in het heiverk en de discussie over de aard van het te leveren registergoed waarover bij de voorzieningenrechter is geprocedeerd en ertoe heeft geleid dat de akte van levering van het recht van erfpacht pas op een veel later tijdstip is gepasseerd.²⁸

Aanneemster acht zich niet gehouden tot nakomen, stellende dat de overeenkomst met toepassing van paragraaf 10 lid 7 UAV-gc buitengerechtelijk is ontbonden. Zij verwijst daarbij naar paragraaf 10 lid 6 UAV-gc dat indien een voorwaardelijke bouwvergunning is verleend aan welke voorwaarden niet wordt voldaan, niet van haar kan worden verlangd dat zij doorbouwt totdat de overheid handhavend optreedt. Voorts heeft opdrachtgeefster geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid die paragraaf 10 lid 6 UAV-gc biedt om in dat geval een wijziging van de overeenkomst op te dragen of de overeenkomst op te zeggen. Krachtens paragraaf 10 lid 7 UAV-gc heeft aanneemster echter opdrachtgeefster tot twee keer toe een nadere termijn gegeven om alsnog een wijziging op te dragen dan wel de overeenkomst op te zeggen, waarvan opdrachtgeefster geen gebruik heeft gemaakt. Aanneemster is van mening dat het niet verlenen van de bouwvergunning essentieel is te achten voor de realisatie van het werk en de bezwaren van de gemeente niet eenvoudig zijn te ondervangen zodat aanneemster derhalve gerechtigd is de overeenkomst te ontbinden, tenzij het niet verlenen van een onvoorwaardelijke bouwvergunning het gevolg is van een tekortkoming van aanneemster in de zin van paragraaf 10 lid 4 UAV-gc. Aannemelijk is dat aanneemster zich voldoende heeft ingespannen om een onvoorwaardelijke bouwvergunning te verkrijgen. Volgens de voorzieningenrechter is vervolgens de kern van het geschil de vraag of de ontwerpwerkzaamheden van aanneemster voldoen aan de voor het werk relevante overheidsvoorschriften, en, wanneer ze daar niet aan voldoen, of dit aan aanneemster kan worden toegerekend.

Dit laatste blijkt niet het geval te zijn. De voorwaarden in de voorwaardelijke bouwvergunning vloeien voort uit eisen die aanneemster, toen zij op het werk inschreef, niet kon voorzien. Het niet verkrijgen van een onvoorwaardelijke bouwvergunning kon dus niet aan aanneemster worden toegerekend. Op een

24 Zie *Tekst en Commentaar Bouwrecht*, Deventer: Kluwer 2012, paragraaf 49 UAV 2012, commentaar onder nr. 3.

25 RvA 7 mei 2009 (tussenvonnissen) en 21 september 2010, No. 30.886 en 31.094 (niet gepubliceerd).

26 RvA 7 mei 2009 (tussenvonnissen) en 21 september 2010, No. 30.886 en 31.094 (niet gepubliceerd).

27 RvA 7 mei 2009 (tussenvonnissen) en 21 september 2010, No. 30.886 en 31.094 (niet gepubliceerd).

28 RvA 12 december 2008, No. 30.692 (niet gepubliceerd) en hoger beroep RvA 20 juli 2009, No. 71.418 (niet gepubliceerd).

ander punt was geen sprake van objectief kenbare regelgeving. Het gevolg van een en ander is dat aanneemster op goede gronden de overeenkomst heeft ontbonden en de vordering van opdrachtgeefster tot doorbouwen werd afgewezen.²⁹

Tussen partijen is na het sluiten van de basisovereenkomst een discussie ontstaan over het antwoord op de vraag of een vergunning als bedoeld in artikel 2 Wet beheer rijkswaterstaatswerken (Wbr) is vereist voor voorzieningen, zoals het inrichten van een werkterrein nodig om normale onderhoudswerkzaamheden uit te kunnen voeren. Met name in appel maken arbiters duidelijk dat het niet aan hen is om een oordeel te geven omtrent de vraag of een vergunning is vereist of niet. Een dergelijk oordeel is voorbehouden aan de bestuursrechter.

Van belang is dat de UAV-gc ervan uitgaan dat indien noch in de basisovereenkomst noch elders in de contractdocumenten, bijvoorbeeld in de annex vergunningen, is voorzien in vergunningen die verzorgd worden door de opdrachtgever, alle vergunningen door de opdrachtnemer aangevraagd dienen te worden. Zulks was ook bepaald in artikel 6 van de betreffende basisovereenkomst. Kort gezegd betekende dit dus dat aanneemster zorg diende te dragen voor de tijdige verkrijging van alle vergunningen en ontheffingen nodig voor het werk. Zowel in eerste aanleg als in appel wordt duidelijk dat aanneemster deze bepaling zeer serieus dient te nemen. In eerste aanleg overwogen arbiters: *'De omstandigheid dat aanneemster niet uit de wet heeft afgeleid dat een vergunning nodig was, brengt niet met zich dat het risico voor de noodzaak van het aanvragen van een vergunning op opdrachtgever overgaat.'*

In appel voegden arbiters hier aan toe: *'Bovendien heeft te gelden dat zelfs als opdrachtgever in zijn civielrechtelijke rol jegens aanneemster zich zou vergissen in de interpretatie van zijn regelgeving die hij in zijn publiekrechtelijke functie heeft opgesteld, dat nog niet aan opdrachtgever in zijn civielrechtelijke rol kan worden tegengeworpen. Dit zou wel in overweging kunnen worden genomen bij de beoordeling of aanneemster in redelijkheid het betreffende risico diende te dragen.'*³⁰

7. Boete, gefixeerde schadevergoeding

Voor wat betreft de verschuldigde boete wegens te late oplevering is verscheidend dat uit artikel 14 lid 2 van de basisovereenkomst volgt dat het bedrag aan boetes is gemaximeerd op € 30.000,--. Zie dienaangaande ook paragraaf 36, lid 3 UAV-gc 2005.

Opmerkelijk is daarom dat opdrachtgeefster naast de boete aanspraak op aanvullende schadevergoeding wenst te maken wegens winstderving en extra rentelasten. Maar met aanneemster zijn arbiters van oordeel dat artikel 6:92 BW er aan in de weg staat om zowel boete als schadevergoeding toe te wijzen. Partijen zijn immers door het toepasselijk verklaren van de UAV-gc 2005 een (maximale) boete overeengekomen, die - ongeacht de grootte van dit bedrag - moet worden beschouwd als een gefixeerd schadebedrag, waarnaast en waarboven opdrachtgeefster in billijkheid een vergoeding van de werkelijke schade als gevolg van dezelfde oorzaak niet toekomt. Die vordering van opdrachtgeefster wordt dan ook afgewezen. Wat in appel wordt bevestigd.³¹

Na de contractuele opleverdatum wordt de bio-energiecentrale in bedrijf gesteld, doch de oplevering blijft uit. In eerste instantie wordt het werk in onvoltooide staat, met instemming van aanneemster, opgeleverd, waarop deze bericht alle onderhouds- en beheeractiviteiten op te schorten. Hierna gaat opdrachtgeefster over tot gedeeltelijk ontbinding van het contract ter zake het leveren en installeren van de ORC. Aanneemster geeft aan dat de afrekening dient te worden opgemaakt door een optelsom van de opdrachtsomfasen 1 en 2, vermeerderd met meerwerk en met het beheer/onderhoud verminderd met de boete en de kosten van de ORC. Opdrachtgeefster bestrijdt dit niet, maar vraagt wel vergoeding van diverse schadebedragen. Daaronder ligt het standpunt dat aanneemster een verwijt treft ten aanzien van de late en onvolledige oplevering en ten aanzien van de mindere prestaties van de bio-energiecentrale. In de overeenkomst is in afwijking van de Model Basisovereenkomst een extra artikel opgenomen (artikel 2 lid 8 van de overeenkomst), dat de gevolgen van een ontbinding regelt. De tekst daarvan luidt:

'(2.8) Indien Opdrachtnemer fase 2 niet conform de gestelde eisen volbrengt en/of er beletselen zijn voor het Onderhoud en Beheer en/of geen overeenstemming wordt bereikt tussen Opdrachtgever en Opdrachtnemer, zoals in lid 7 genoemd, dan stelt de Opdrachtgever de Opdrachtnemer hiervan zo spoedig mogelijk op de hoogte middels een aangezekende brief. De brief leidt automatisch tot ontbinding van deze Overeenkomst. In een dergelijk geval heeft de Opdrachtnemer geen recht op vergoeding van de kosten van het Onderhoud en Beheer of op enige vorm van schadevergoeding, maar zolang uitsluitend de daadwerkelijke gemaakte kosten, voor zover deze zijn gemaakt met instemming van de Opdrachtgever, worden vergoed.'

Daarnaast zijn in artikel 16, lid 1 van de basisover-

29 Vzgnr. Rechtbank Rotterdam 21 juli 2011, LJN: BR2593 (niet gepubliceerd).

30 RvA 12 januari 2012, No. 71.654 (niet gepubliceerd), hoger beroep van RvA 10 januari 2011, No. 31.829 (niet gepubliceerd).

31 RvA 12 december 2008, No. 30.692 (niet gepubliceerd) en hoger beroep RvA 20 juli 2009, No. 71.418 (niet gepubliceerd).

eenkomst de gevolgen van overschrijdingen van de tweede mijlpaaldatum c.q. vertraging vastgelegd in een boeteregeling. Artikel 16, leden 3 en 4 bevatten voorts een bonus/malusregeling voor over- en onderschrijding van het aantal draaiuren dat aanneemster bij inschrijving heeft aangegeven.

Oprichtingsovereenkomst beroept zich op paragraaf 43 van de UAV-gc 2005 die het in gebreke blijven regelt van de opdrachtnemer. Arbiters oordelen dat opdrachtgever bij het uitblijven van een ORC terecht heeft besloten tot ontbinding, aangezien deze essentieel was voor de toegezegde prestatie binnen de hoofdprijs van het voorgestelde energetisch concept. Voorts oordelen arbiters dat de ontbindingsregeling in de overeenkomst, de eerste toetssteen voor het toewijzen van de schade-aanspraken betreft. De ontbinding wordt echter geclausuleerd door artikel 2 lid 8 en artikel 16 van de overeenkomst en geeft opdrachtgever geen vrijbrief om het volledige door haar gestelde verlies (schade) te vorderen.³²

8. Varia

Aanneemster wenst in kort geding te bewerkstelligen dat de door haar verstrekte bankgarantie wordt teruggebracht naar nihil dan wel een in redelijkheid te bepalen bedrag. Zij betoogt daarbij dat de garantie slechts tot zekerheid dient van nakoming van haar verplichtingen, waarbij het, blijkens paragraaf 38 UAV-gc alleen kan gaan om de uitvoering van de werkzaamheden, ofwel herstelverplichtingen van gebreken, aldus aanneemster. Verder is aanneemster van oordeel dat opdrachtgever met de betalingen die zij nog onder zich heeft voldoende zekerheid heeft. Arbiters vinden dat sprake is van een voldoende spoedeisend belang, omdat de garantie beslag legt op haar liquiditeit, althans haar financiële positie. Nu het werk reeds geruime tijd is opgeleverd en ook de onderhoudstermijnen zijn verstreken, kan een eventueel door aanneemster te verschaffen vervangende zekerheid alleen nog aan de orde zijn voor herstel van gebreken en tekortkomingen, gezien het bepaalde in paragraaf 38, lid 4 UAV-gc. In dit licht beoordelen arbiters of opdrachtgever rechtens en in redelijkheid nog aanspraak heeft op het aanhouden van de bankgarantie door allereerst te bezien welke andere zekerheid opdrachtgever zonder die garantie al onder zich heeft. Uiteindelijk komen arbiters tot de slotsom dat de minimale vordering van aanneemster voorshands ruimschoots hoger is te achten dan de maximale vordering van opdrachtgever, zodat op basis van die gegevens er sprake is van een voordelig saldo ten gunste van aanneemster. Het gevolg daarvan

is weer dat opdrachtgever met het inhouden en opschorten van haar betalingsplicht jegens aanneemster voldoende zekerheid over haar eigen vordering heeft. Aanneemster vraagt dan ook terecht dat de door haar gestelde bankgarantie wordt teruggebracht tot nihil.³³

Een van de vragen die in de onderhavige uitspraak speelde, was of sprake is van een rechtsgeldige cessie. De vorderingen zijn gecedeerd en arbiters hebben daartegen geen bezwaar. Weliswaar omvat paragraaf 5 UAV-gc een cessieverbod, maar paragraaf 37 UAV-gc maakt een uitzondering voor cessie van het saldo als bedoeld in paragraaf 3, lid 9 UAV-gc, dat is het saldo van al hetgeen partijen uit hoofde van de combinatie aan elkaar verschuldigd zijn. De aanspraken van de combinatie zoals deze zijn overgedragen vallen daar niet buiten.³⁴

In deze uitspraak ging het om een overeenkomst onderverdeeld in percelen waarbij op enkele percelen de UAV 1989 van toepassing waren en op enkele percelen de UAV-gc 2005. Kort en goed komt de casus erop neer dat opdrachtgever de overeenkomst wenste te beëindigen omdat uit een rapportage zou blijken dat, kennelijk mede door toedoen van aanneemster, de aanbesteding op een zodanige wijze is verlopen dat deze het daglicht niet kon verdragen. Aanneemster vordert in kort geding betaling van de nog openstaande termijnen en in reconventie vordert opdrachtgever staking van de werkzaamheden en - kort gezegd - opheffing van het retentierecht. Arbiters stellen in deze uitspraak echter vast dat het bewuste rapport slecht in zeer algemene bewoordingen vermoedens uit dat de gang van zaken niet deugt, zodat de Raad van Arbitrage voorshands niet kan vaststellen dat aanneemster enig verwijt te maken valt en wijst de vorderingen ter zake de openstaande facturen toe. De Raad van Arbitrage staat aanneemster ook toe haar retentierecht uit te oefenen. Voor wat betreft de opzegging van de overeenkomst overwegen arbiters als volgt: *'Arbiters zijn voorts van oordeel dat de beëindiging van de overeenkomst door de stichting bij brief van 1 juni 2012 tot nader order heeft te gelden als een opzegging, waaraan de gevolgen zijn verbonden die zijn weergegeven in paragraaf 14 van de toepasselijke UAV 1989 en paragraaf 16 van de toepasselijke UAV-gc 2005. Naast de UAV 1989 en de UAV-gc geeft ook de wet in artikel 7:764 lid 1 BW de opdrachtgever de mogelijkheid een overeenkomst op te zeggen. Dit betekent dat onderdeel IV van de vordering van aanneemster, waarin zij om nakoming van de overeenkomst door de stichting vraagt, dient te worden afgewezen.'*³⁵

32 RvA 8 juli 2011, No. 31.983 (niet gepubliceerd).

33 RvA 20 mei 2010, No. 30.443 (niet gepubliceerd).

34 RvA 7 mei 2009 (tussenvonnissen) en 21 september 2010, No. 30.886 en 31.094 (niet gepubliceerd).

35 RvA 25 juli 2012, No. 33.945 (niet gepubliceerd).

9. Tot besluit

Zie hier een interessante reeks uitspraken. Het aantal is beperkt, waarmee wellicht de conclusie kan worden getrokken dat de UAV-gc als contractvorm voldoet aan de verwachtingen. Het is immers in de markt gezet als samenwerkingsmodel en daarbij past uiteraard niet dat partijen ongeremd de tussenkomst van arbiters opzoeken. Dat maakt het niet minder interessant te zien dat ook de toepassing van de UAV-gc in de rechtspraak vragen oproept, waar-

van deze rechtspraak als belangrijkste onderwerp wel laat zien de risicoverdeling tussen partijen. Wat mag de aannemer voor consequenties verbinden aan de documenten die hem in het kader van de overeenkomst worden verstrekt en wat als er zaken spelen waar de aannemer geen enkele of slechts tot op zekere hoogte invloed op heeft. De hier besproken rechtspraak geeft ten aanzien van deze vragen al redelijk wat nuttige vingerwijzingen. Daarmee begint de UAV-gc ook in de praktijk een voldragen en volwassen document te worden.