

ding. Zulks volgt ook uit de systematiek van de UAV-GC 2005. Arbiters zullen deze vordering dan ook toewijzen.

28. De stelling van opdrachtgever dat van aanneemster in dat kader verwacht wordt dat zij aantoont waar de kwelchermen in afwijking van het voorlopig ontwerp noodzakelijk zijn, onderschrijven arbiters. Voor de kade langs de I. staat dit tussen partijen reeds vast, doch voor de overige kaden (nog) niet. Van aanneemster mag ter zake enige voortvarendheid verwacht worden, net als van opdrachtgever verwacht mag worden dat hij de door aanneemster gestelde vragen op zo kort mogelijke termijn beantwoordt. (*Enz., enz., Red.*)

Noot

De opdrachtgever is volgens paragraaf 3 UAV-GC 2005 verantwoordelijk voor de inhoud van de vraagspecificatie (lid 3) en overigens ook voor alle overige aan de opdrachtnemer verstrekte informatie (lid 2). Uit het onderhavige vonnis van de Raad van Arbitrage volgt dat de stukken die een opdrachtgever aan de aannemer 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 feitelijk de aard van het document is.

Waar ging het in het kort om. Tijdens het werk komt aanneemster tot de conclusie dat er kwelchermen aangebracht dienen te worden op het gehele werk. Bij inschrijving had zij slechts met plaatselijke voorzieningen rekening gehouden en, zo stelt aanneemster, meer was ook niet voorzienbaar. Met de noodzaak van het aanbrengen van kwelchermen wegens een pipinggevoelige bodem hoefde aanneemster naar haar oordeel geen rekening te houden. Aanneemster houdt dan ook de opdrachtgever verantwoordelijk voor de financiële consequenties van deze extra maatregelen.

De opdrachtgever deelt dit standpunt niet. De opdrachtgever is van oordeel dat aanneemster de gehele ontwerpverantwoordelijkheid heeft, dat het voorlopig ontwerp slechts een informatief document betreft en alleen dwingend is ter zake van het ruimtebeslag, maar dat aanneemster ook dienaangaande de vrijheid is gegeven met derden overeenkomsten aan te gaan. Voorts stelt opdrachtgever dat het voorlopig ontwerp niet onjuist kan zijn, omdat het niet uitputtend is. Opdrachtgever geeft verder aan dat pipingmaatregelen diverse malen in de vraagspecificatie zijn genoemd en in de nota van inlichtingen vragen daaromtrent zijn beant-

woord. Aanneemster had zelf onderzoek dienen uit te voeren naar de noodzaak van pipingmaatregelen en daarnaast heeft aanneemster volgens opdrachtgever haar waarschuwingsplicht geschonden.

Op zichzelf geen vreemde stellingen, nu immers sprake is van een contract waarbij aanneemster zowel de ontwerp- als de realisatieverantwoordelijkheid draagt. De kernvraag die arbiters dan ook moeten beantwoorden is of de noodzaak tot het plaatsen van kwelchermen een wijziging in de zin van paragraaf 14 UAV-GC 2005 oplevert, 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.

Oprachtgevers beroepen zich er primair op dat het tot de vraagspecificatie behorende voorlopig ontwerp als *informatief* document is aangeduid. En ter zake informatieve documenten is in de vraagspecificatie bepaald dat de opdrachtnemer verantwoordelijk is voor de interpretatie van de informatie en dat hij deze informatie voor zover nodig zelf dient aan te vullen. Verder geeft de vraagspecificatie aan dat de opdrachtgever niet aansprakelijk is voor op de informatieve documenten gebaseerde conclusies of gekozen uitgangspunten. Voor onjuistheden in de verstrekte informatie die opdrachtnemer redelijkerwijs had moeten ontdekken, is de opdrachtgever evenmin aansprakelijk. Voor het overige mag opdrachtnemer uitgaan van de juistheid van de feitelijke informatie indien en voor zover noch door de opdrachtgever noch door de opsteller een voorbehoud ten aanzien van die juistheid is gemaakt. Duidelijk taal, zo lijkt het.

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. Arbiters zijn op dit punt duidelijk in hun motivering. 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. Uit de vraagspecificatie blijkt dat bij het ontwerp het ruimtebeslag een vaststaand gegeven is. Dit volgt uit het feit dat met derden (deels lagere overheden) bindende afspraken zijn gemaakt en voor het werk diverse publiekrechtelijke procedures zijn doorlopen. De benodigde vergunningen zijn verstrekt binnen de in het voorlopig ontwerp gegeven werk grenzen. Opdrachtgever geeft dit definitieve karakter ook expliciet aan in haar eerste nota van inlichtingen (zie in het vonnis onder 4n).

Arbiters komen dan ook tot de slotsom dat het voorlopig ontwerp niet slechts informatief is doch

kennelijk een definitief karakter heeft. De opdrachtgever heeft nog betoogd dat op grond van de vraagspecificatie aannemster de vrijheid heeft gekregen buiten het ruimtebeslag oplossingen te zoeken. Die vrijheid, aldus arbiters, ontbeert realisme aangezien niet aannemelijk is dat aannemster er in zal slagen met eigenaren van de gronden buiten het ruimtebeslag tijdig overeenstemming te bereiken en tijdig de daartoe benodigde publiekrechtelijke procedures te doorlopen. Procedures waar, zo merken arbiters enigszins geprikkeld op, opdrachtgever jaren mee bezig is geweest.

Vervolgens resteert de vraag of aannemster op andere gronden aansprakelijk zou kunnen zijn, in het bijzonder waar het gaat om haar waarschuwingplicht. Ook daarvan is geen sprake zo oordelen arbiters. Aannemster had op geen enkele wijze hoeven te voorzien dat op grote schaal kwelsschermen geplaatst moeten worden. Dit volgt uit het feit dat opdrachtgever 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 kwelsschermen noodzakelijk is, dat uit sonderingsonderzoek evenmin die noodzaak kan volgen, dat ook het voorlopig ontwerp niet voorziet in het plaatsen van kwelsschermen en dit voorlopig ontwerp niet slechts een informatief karakter heeft, en zo noemen arbiters nog een aantal redenen waarom het plaatsen van kwelsschermen niet voorzienbaar was en derhalve ook geen sprake is van een waarschuwingplicht.

De slotsom is dat arbiters vinden dat aannemster kon voorzien, en ook heeft voorzien, dat enige pipingmaatregelen nodig zouden zijn, maar niet van een omvang als thans aan de orde. Het gevolg is dat arbiters het beroep van aannemster op paragraaf 14 UAV-GC 2005 honoreren en oordelen dat sprake is van een wijziging ter zake waarvan aannemster de kosten in rekening mag brengen.

Resumerend zet de Raad van Arbitrage met dit vonnis een aantal zaken op een rij.

In de eerste plaats het feit dat de opdrachtgever verantwoordelijk is voor de kwaliteit, en daarmee ook voor de kwalificatie, van de door haar verstrekte documenten. De Raad van Arbitrage kijkt naar de feitelijke aard en bruikbaarheid van een document en niet zozeer naar het etiket dat de opdrachtgever daarop heeft geplakt. Anders gezegd: het feitelijke karakter van het voorlopig ontwerp weerspiegelt de bedoeling van partijen en niet de (onterechte) kwalificatie in de contractdocumenten. De Raad objectivert hiermee het karakter van in dit geval het voorlopig ontwerp. Wat in mijn visie goed aansluit bij eerdere rechtspraak van de

Raad van Arbitrage over het karakter van bij de vraagspecificatie gevoegde bijlagen. Zie RvA 29 mei 2009, No. 71.407, *TBR* 2010/54, p. 298, met noot van ondergetekende, in het bijzonder mijn opmerkingen over de objectieve uitleg in het kader van de Haviltex-rechtspraak en de door mij genoemde literatuurverwijzingen.

Kijkend naar de oorspronkelijke opzet van artikel 5 van de Model Basisovereenkomst (opgenomen in de CROW uitgave van de UAV-GC 2005) dan valt het op dat de opdrachtgever hiervan is afgeweken. Volgens het model dient een keuze te worden gemaakt tussen een aantal opties. Of de opdrachtgever draagt alleen zorg voor een programma van eisen, of alleen voor het programma van eisen en een voorlopig ontwerp, of zowel voor het programma van eisen, het voorlopige ontwerp als het definitief ontwerp.

In aansluiting hierop bepaalt het tweede lid dan dat wanneer voor de eerste variant is gekozen de opdrachtnemer het voorlopig ontwerp, het definitief ontwerp en het uitvoeringsontwerp dient te vervaardigen. Bij de tweede optie het definitief ontwerp en het uitvoeringsontwerp en bij de laatste optie alleen het uitvoeringsontwerp.

In kwestie (zie in het vonnis onder punt 4h) heeft de opdrachtgever gedacht een expliciete keuze te kunnen vermijden door het gehele artikel 5 te schrappen en te vervangen door de tekst '*De gevraagde Ontwerperwerkzaamheden blijken uit de Vraagspecificatie.*'

Bij Rijkswaterstaat valt deze alternatieve tekst wel vaker terug te vinden, kennelijk vanuit de veronderstelling dat het niet eenvoudig is om de in een vraagspecificatie opgenomen ontwerpuitgangspunten aan te duiden als programma van eisen, als voorlopig ontwerp of als definitief ontwerp. Wellicht zelfs een begrijpelijke keuze, maar de opdrachtgever in kwestie haalt via de achterdeur het probleem weer binnen door het bij de vraagspecificatie gevoegde voorlopig ontwerp als informatief te definiëren, terwijl het dat, zo hebben arbiters in deze uitspraak vastgesteld, niet is. Het risico voor een dergelijke omissie laten arbiters terecht bij de opdrachtgever. Terecht, nu paragraaf 3 lid 3 UAV-GC 2005 weinig ruimte laat voor een ander oordeel. Behoudens dan dat sprake zou kunnen zijn van een schending van de waarschuwingplicht, aldus ook expliciet paragraaf 3 lid 8 UAV-GC 2005.

Een tweede punt is dat de Raad van Arbitrage hier duidelijkheid schept omtrent de vraag of het hier nu gaat om een door de opdrachtnemer danwel om een door de opdrachtgever gewenste wijziging.

Het eerste geval wordt beheerst door paragraaf 15 en het tweede geval wordt beheerst door paragraaf 14 UAV-GC 2005.

Betoogd zou kunnen worden dat in kwestie de aanneemster het initiatief heeft genomen tot de wijziging, hetgeen met zich zou brengen dat ook de voorwaarden en marsroute van paragraaf 15 van toepassing zijn. Arbiters geven duidelijkheid, want dit is terecht niet het geval.

Alhoewel arbiters dat niet met zoveel woorden stellen, geven zij aan dat feitelijk sprake is van een situatie als bedoeld in paragraaf 14-3 waarin staat dat elke aanpassing van documenten de werkzaamheden of resultaten van werkzaamheden, noodzakelijk geworden als gevolg van een aan de opdrachtgever krachtens de wet, de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvatting toe te rekenen omstandigheid, wordt geacht een door de opdrachtgever opgedragen wijziging in de zin van lid 1 te zijn.

Consequentie is dat de opdrachtnemer deze wijziging mag weigeren als zich een geval voordoet als genoemd in paragraaf 14 lid 6 UAV-GC 2005. Zo hoeft - kort gezegd - een wijziging niet te worden uitgevoerd als deze niet schriftelijk is opgedragen, als deze de uitvoering op onaanvaardbare wijze verstoort, als de opdrachtnemer de benodigde deskundigheid niet in huis heeft en, als laatste, als de uitvoering van de wijziging onaanvaardbaar zou zijn. Deze weigeringsgronden beschermen niet alleen de opdrachtnemer maar geven hem ook een sterkere onderhandelingspositie. Paragraaf 15-16 voegt daar in dit licht nog als belangrijke weigeringsgrond aan toe dat partijen het eens moeten zijn over de prijs: *'Kunnen partijen in die procedure niet tot overeenstemming komen over de wijze waarop de financiële gevolgen en de consequenties ten aanzien van de planning, die aan de wijziging verbonden zijn, tussen hen zullen worden verdeeld, dan is de opdrachtnemer niet verplicht de wijziging uit te voeren.'*

In het vonnis van de Raad van Arbitrage overweegt de Raad dan ook terecht dat eerst overeenstemming over de financiële gevolgen moet zijn bereikt. Uit dit artikel blijkt dat diezelfde eis mag worden gesteld ten aanzien van de planning. Dit is niet zonder belang omdat in de UAV-GC, anders dan in paragraaf 26 van de UAV 1989, de planning een prominente rol heeft, nu uit paragraaf 36 lid 1 UAV-GC 2005 volgt dat wanneer bepaalde in de planning opgenomen mijlpaaldata niet worden gehaald, aanneemster een boete verschuldigd kan zijn.

Tot slot gaat de Raad van Arbitrage uitvoerig in op de voorzienbaarheid van de noodzaak tot het aanbrenge van kwel-schermen. Duidelijk is dat de Raad van Arbitrage geen (schending van de) waarschuwplicht wenst aan te nemen. Gesteld zou kunnen worden dat de Raad hiermee aanneemster wel erg tegemoet komt. Aanneemster draagt immers de verantwoordelijkheid voor zowel het ontwerp als de uitvoering en dat lijkt een aanzienlijke toedeling van verantwoordelijkheid te rechtvaardigen. Die 'tegemeetkomst' lijkt mij echter zeer mee te vallen, omdat de Raad er blijk van geeft dat de verantwoordelijkheden van aanneemster, ook bij een design- en constructcontract, zekere grenzen kent. De Raad loopt immers systematisch de punten af waar aanneemster een steekje zou hebben kunnen laten vallen, maar komt steeds tot de conclusie dat aanneemster geen verwijt treft. Daarbij lijkt in deze uitspraak het begrip 'voorzienbaarheid' een centrale rol te spelen. Dat is niet zonder belang, nu bij een design- en constructcontract als het onderhavige de opdrachtgever vaak het standpunt inneemt dat de aanneemster een onderzoeksplicht heeft naar de risico's in een project. In kwestie was dat niet anders en de Raad van Arbitrage lijkt thans duidelijk te maken dat die onderzoeksplicht mede moet worden beoordeeld in het licht van de voorzienbaarheid van het betreffende risico. Bijvoorbeeld, had de opdrachtnemer er op bedacht moeten zijn dat er nog meer oude funderingsresten aanwezig waren dan reeds waren aangegeven op de bij de vraagspecificatie gevoegde tekening, of, had de opdrachtnemer rekening moet houden met de aanwezigheid van niet gesprongen explosieven. En in kwestie, had de opdrachtnemer ondanks de informatie in de reeds beschikbare documenten toch nog rekening moeten houden met de noodzaak van het aanbrenge van kwel-schermen. Niet, zo lijkt de Raad van Arbitrage te stellen, als deze risico's niet voorzienbaar waren.

In zoverre lijkt dit ook aan te sluiten op de gedachte die ten grondslag ligt aan paragraaf 13 UAV-GC 2005 dat bodemrisico's als een van de belangrijkste risico's moeten worden beschouwd en de opdrachtnemer hier enige contractuele bescherming toekomt. Het eerste lid bepaalt immers dat de opdrachtnemer weliswaar verantwoordelijk is voor de afstemming van de werkzaamheden op de bodemgesteldheid, maar het gaat dan wel om *zijn* werkzaamheden. In kwestie is sprake van een voorlopig ontwerp met feitelijk een definitief karakter afkomstig van de opdrachtgever. In dat geval mag aanneemster er vanuit gaan dat de opdrachtgever haar ontwerp deugdelijk heeft afgestemd op de bodemgesteldheid. De verantwoordelijkheid van aanneemster op dit punt zou dan beperkt zijn, behoudens natuurlijk de situatie dat haar waarschuwplicht in beeld komt. Zou

aanneemster al een bepaalde verantwoordelijkheid moet worden toebedeeld, dan nog kan aanneemster in geval van vertraging, schade of gebreken vrijuit gaan, als zij de nodige zorgvuldigheid heeft betracht, zo bepaalt het tweede lid van paragraaf 13. Bij het beantwoorden van de vraag of dit het geval is, zal eveneens de voorzienbaarheid een belang-

rijke rol spelen. De overwegingen van de Raad in het onderhavige vonnis lijken dan ook goed bij genoemde gedachte van paragraaf 13 aan te sluiten. In meerdere opzichten is derhalve sprake van een instructieve uitspraak.

E.W.J. van Dijk

TBR 2011/69

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 20 november 2009, No. 29.334 (Individueel optreden appartementseigenaars I)

Ir. D.A. Roosenburg, ir. P. de Jong en A. Voogt. Gemachtigden eiseres in conventie, verweerders in reconventie, kopers: voorheen mr. H. Doornbosch en Th. F. de Jong, thans mr. H.J. Idzenga. Gemachtigde Verweerder in conventie, eiseres in reconventie: mr. W.H.C. Bulthuis

GIW Garantie en waarborgregeling Appartementsrechten A.2003; BW: art. 5:126

Appartementsrecht. Beheer over de appartementsgemeenschap berust bij de vereniging van eigenaars. Sluit individueel optreden van appartementseigenaars op grond van de koop/aanemingsovereenkomst jegens de bouwer wegens gebreken aan de gemeenschappelijke gedeelten van het gebouw evenwel niet uit:

Met gastnoot G.G.J.D. Verdoes Kleijn¹, Red.

De gronden van de beslissing in conventie en reconventie

De bevoegdheid

4. De bevoegdheid van de ondergetekenden tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. Zij berust op artikel 15 van de tussen aanneemster en ieder der kopers afzonderlijk tot stand gekomen koop-/aanemingsovereenkomst waarin een arbitraal beding is opgenomen dat verwijst naar de Raad en zijn statuten.

De feiten

5. Tussen partijen staat het volgende vast:
a. Aanneemster heeft met ieder van de kopers afzonderlijk een koop-/aanemingsovereenkomst gesloten ter zake van de verwerving van een appartementsrecht in een nog te bouwen appartemen-

tencomplex, plaatselijk bekend als 'H.', kadastraal bekend gemeente R. sectie M nummer 1532.

b. Op de overeenkomst zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden voor de koop-/aanemingsovereenkomst voor appartementsrechten, vastgesteld bij akte op 8 februari 1999, alsmede de GIW Garantie- en waarborgregeling Appartementsrechten A.2003.

c. Tot de contractstukken behoort de verkoopbrochure.

d. Ter zake van de dakbedekking is in de verkoopbrochure opgenomen dat de timpaandaken worden voorzien van een dakbedekking van aluminium in een kopergroene kleur. Daarbij gaat het om een dakbedekking uitgevoerd in het zgn. Kalzip-systeem. De platte daken worden voorzien van een bedekking uit synthetisch rubber, een zgn. EPDM-folie, en worden geballast met grind.

e. Een door aanneemster ingeschakelde deskundige van Stroop Raadgevende Ingenieurs B.V. heeft onderzoek gedaan naar de haalbaarheid van de bouwfysische prestatie-eisen van het in de verkoopbrochure voorgeschreven dak. Deze concludeert dat het dak met het Kalzip-systeem niet voldoet aan de eisen die in het kader van de GIW-garantie worden gesteld. Meer in het bijzonder stelt deze deskundige in zijn brief van 7 februari 2005 dat het dak niet voldoet aan de vereiste warmteverstand (Rc-waarde) en dat er condensvorming in de constructie zal optreden. Deze deskundige heeft vervolgens in zijn rapport van 22 februari 2005 alternatieven voor het voorgeschreven dak aangedragen. Daarnaast heeft deze nog op 25 maart 2005 een rapport uitgebracht met als onderwerp het vochttransport in de timpaandaken.

f. Bij brief van 5 april 2005 heeft aanneemster de door haar deskundige voorgestelde wijziging van de dakbedekking aan de individuele kopers bekend gemaakt eruit bestaande dat 'de daken van de penthouses zullen worden afgewerkt met bitumineuze dakbedekking voorzien van een groene leislag i.p.v. aluminium kalcip'.

1 Mr. Gijs Verdoes Kleijn is oud-notaris te 's-Gravenhage, docent bij de Stichting Beroepsopleiding Notariaat en mede-auteur in Kluwers Groene Serie Zakelijke rechten.