

ming over het ontwerp, niet leent voor behandeling in een spoedgeschil. Aanneemster heeft ter zitting aangeboden een overzicht van de meerkosten van de eerste voltooide meerplaats in te dienen, nu zij dat overzicht gereed heeft. Appellarbiters zijn echter van oordeel dat de door arbiters in eerste aanleg bedoelde zorgvuldige beoordeling niet stopt met het beoordelen van het door aanneemster bedoelde overzicht. Daar hoort immers ook een beoordeling van de oorspronkelijke aanbieding en de grondslagen daarvan bij. Eerst een vergelijkende beoordeling van de oorspronkelijke aanbieding en van de offerte van de meerkosten, al dan niet op naccalculatiebasis, kan tot een indruk van de werkelijke meerkosten voor de onderhavige meerplaats leiden en aansluitend tot een idee, welke die meerkosten kunnen gaan bedragen bij de overige meerplaatsen. Dat gaat een spoedbehandeling als de onderhavige in hoger beroep te buiten.

44. Nu appellarbiters zich geen indruk zullen kunnen maken van de werkelijke uiteindelijk aan aanneemster toe te wijzen meerkosten, voor zover veroorzaakt door de Aanwijzing, kunnen zij in redelijkheid ook geen voorschot op die meerkosten vaststellen of ramen, zodat appellarbiters evenzeer als arbiters in eerste aanleg, zij het thans op iets andere gronden, niet komen tot het toewijzen van een voorschot op die meerkosten. De grief faalt derhalve.

45. Resumerend zijn appellarbiters in het principaal en het incidenteel appel van oordeel dat het vonnis in zijn geheel wordt bekrachtigd onder aanvulling van het dictum met een afwijzing van de vordering ter zake van meerkosten voor de meerplaats aan het L. en onder beperkte aanvulling van enkele gronden. (*Enz., enz., Red.*)

Noot

Eerder al annoteerde ik een uitspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw (hierna: Raad) waarin de verantwoordelijkheid van de opdrachtgever voor het samenstellen van de vraagspecificatie, en in het bijzonder de daarbij behorende bijlagen, bij de UAV-gc 2005 centraal stond (RVA 21 augustus 2007, No. 27.733 *TBR* 2008/130, p. 654). Zoals bekend leggen de UAV-gc 2005 zowel de ontwerp- als de realisatieverantwoordelijkheid bij de opdrachtnemer, wat - vanzelfsprekend - grote consequenties heeft voor de risicoverdeling tussen partijen. In die zaak vond de opdrachtgever dat die consequenties met zich brengen dat een opdrachtnemer zelf gegevens moet verzamelen en niet zonder meer mag terugvallen op de bij de vraagspecificatie gevoegde bijlagen. Dit vond geen gehoor bij de Raad die in 2007 oordeelde:

'Arbiters overwegen dat het argument van de gemeente in zijn algemeenheid opgaat als het niet verstrekte gegevens betreft. Aanneemster kan echter in alle redelijkheid niet worden verweten dat zij de door de gemeente verstrekte gegevens serieus neemt. Gezien het feit dat de gemeente in antwoord op vragen bij Inlichtingen 'ter indicatie' gegevens verstrekte, heeft zij daarmee bij aanneemster de gerechtvaardigde verwachting gewekt dat zij zich op de bruikbaarheid van die gegevens kon verlaten. Dat verklaart ook waarom aanneemster geen reden heeft gezien zelf vooraf onderzoek te doen naar de hoeveelheid slib in de achtervijver.' (rechtsoverweging 12)

Kortom: Een opdrachtgever hoeft geen gegevens te verstrekken, maar als hij het doet dan mag de opdrachtnemer ervan uit gaan dat hij deze ook kan gebruiken.

Onderhavige appelprocedure borduurt in wezen verder op het hiervoor weergegeven uitgangspunt. Het vonnis in eerste aanleg (in deze aflevering eveneens opgenomen) geeft de relevante feiten het meest uitvoerig weer. Uiteraard waren ook in deze zaak de UAV-GC 2005 van toepassing. De ontwerp- en uitvoeringsverplichting van de Combinatie zag met name op de bodemverdedigings- en grondkerende constructie van de betreffende te renoveren meerplaatsen, en wel *'ter bescherming van die plaatsen tegen ontgronding door belasting door schroefstralen van (aanmerende) schepen.'*

Het geschil dat partijen verdeeld hield, betrof de uitleg van de door de opdrachtgever in de vraagspecificatie gestelde functionele eisen (zie over functioneel specificeren nader CROW publicatie nr. 211 'Van functie tot bouwstof'). Meer specifiek ging het om de vraag met welke (maximale) schroefvermogens in het ontwerp diende te worden gerekend. In de vraagspecificatie stond dienaangaande de volgende functionele eis: *'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 voorgeschreven normen te worden aangetoond, uitgaande van de gegeven randvoorwaarden.'*

De Staat concentreerde zich op de eerste geciteerde zin. De Staat was van oordeel dat de Combinatie had moeten onderzoeken welke schepen exact 'op het kanaal mogen komen' en had alsdan van het meest grote schip, in de visie van de Staat de *Rijnmax*, uit moeten gaan.

Daarentegen heeft de Combinatie voor de beantwoording van de vraag van welk schroefvermogen zij moest uitgaan aansluiting gezocht bij de RVW

(Richtlijnen Vaarwegen) 2005, meer in het bijzonder de CEMT-klassen (wat staat voor: Conférence Européenne des Ministres de Transports). Deze RVW 2005 was het meest recente ‘bindend document’ bij de vraagspecificatie en gaf aan dat voor het te vervaardigen ontwerp eerst een zogenaamd ‘maatgevend schip’ moet worden gekozen. Een ‘maatgevend schip’ is het grootste schip dat onder de maatgevende omstandigheden de betreffende vaarwegklasse vlot en veilig kan passeren. Nadere bestudering van de RVW leerde dan dat in kwestie het ‘maatgevende schip’ steeds van klasse Va was. Daarmee kwam de Combinatie uit op het *Groot Rijnschip* en niet op de *Rijnmax* die weliswaar groter is, maar zo weinig voorkomt dat dit niet een aparte klasse rechtvaardigt. De Combinatie was dan ook, zo vond zij, op goede gronden van deze klasse uit gegaan.

De Staat stelde hier weer tegenover dat de RVW gegevens verouderd zijn, wat in de AVW zelf staat aangegeven, en dat de Combinatie verder had moeten kijken dan haar neus lang was. Ook op internet hadden immers gegevens gevonden kunnen worden. De Combinatie had kortom desalniettemin een nog groter schip, als gezegd de *Rijnmax*, tot uitgangspunt moeten nemen. Omdat de Staat middels een aanwijzing dit laatste alsnog als eis aan de Combinatie heeft opgelegd, dienden arbiters vervolgens te beoordelen of dit wel of niet als een verzwaaring van de opdracht had moeten worden beschouwd. Zo ja, hetgeen in kwestie het geval was, dan zou dit ook als zodanig moeten worden verrekend.

Wij zien dat de arbiters in eerste aanleg het spoor van de Staat niet volgen, maar met de Combinatie van oordeel zijn dat ‘*nu de Staat voor wat betreft de bepaling van de voor het ontwerp als parameter te hanteren schroefvermogen(s) niet heeft volstaan met ‘schepen die op het kanaal mogen komen’ als enige maatgevend criterium, doch voor het bepalen daarvan in diezelfde Vraagspecificatie specifieke nadere aanwijzing heeft gegeven, de Staat ook zelf onverkort is gehouden om zich aan die nadere aanwijzingen te conformeren. De Staat kan dan ook naar het oordeel van arbiters niet (meer) terugvallen op het blote criterium ‘schepen die op het kanaal mogen komen’.*’ (rechtsoverweging 33).

Kortom, als naast een ‘bloot criterium’ ook wordt verwezen naar andere, in dit geval zelfs ‘bindende’, documenten, zijn die bindende documenten bepalend voor de wijze waarop aan de gestelde functionele eis invulling moet worden gegeven. Dit brengt arbiters tot de conclusie dat de Combinatie op juiste wijze toepassing heeft gegeven aan het als bindend document bij de vraagspecificatie behorende RVW 2005. En dat vinden ook appelar-

biters:

‘Aanneemster diende derhalve de CEMT-klasse aan te houden met de interpretatie daarvan in de RVW, te meer nu aan het gegeven: schepen die op het kanaal mogen varen geen concrete invulling door opdrachtgever is gegeven. Appellarbiters zijn van oordeel dat de functionele eisen door aanneemster beoordeeld dienden te worden aan de hand van de bindende documenten, zoals aanneemster dat heeft gedaan.’ (rechtsoverweging 22)

Appellarbiters voegen daar dan nog aan toe dat het best zo zal zijn dat ‘*bijzonder onderzoek*’ past bij het systeem van de UAV-gc 2005 maar, aldus appelarbiters, dan moet er wel aanleiding zijn voor zo’n onderzoek. Appellarbiters: ‘*Als een redelijke uitleg van de door opdrachtgever geformuleerde eisen niet leidt tot de noodzaak van een extra en bijzonder onderzoek, dan mag opdrachtgever dat ook niet van aanneemster verwachten.*’ Appellarbiters scherpen dit nog verder aan door te stellen: ‘*ook de andere stukken, waar opdrachtgever naar verwijst, met recentere opgaven van aantallen en grootten van schepen moeten als irrelevant ter zijde worden geschoven, nu die andere stukken niet tot de contractdocumenten behoren, waarop aanneemster zich had te baseren.*’

Een heldere uitspraak zo lijkt mij. Het spreekt voor zich dat bij een UAV-gc-contract de opdrachtnemer als uitgangspunt een grote mate van ontwerpen en uitvoeringsverantwoordelijkheid heeft in verband waarmee deze ook zelf het nodige onderzoek zal moeten doen. Dat strekt zich echter niet tot het oneindige uit. Het is immers de opdrachtgever die de inhoud van de vraagspecificatie bepaalt en welke bijlagen worden verstrekt en daar op grond van paragraaf 3 UAV-gc ook voor verantwoordelijk is. Ik stip in dit verband tevens het mijns inziens belangrijke verschil aan tussen het hiervoor geciteerde vonnis uit 2007 waar het ging om gegevens die ‘*ter indicatie*’ door de opdrachtgever waren verstrekt en de hier besproken uitspraak waar het ging om ‘*bindende*’ documenten. Dit verschil zou de volgende conclusie kunnen rechtvaardigen: wanneer de opdrachtgever functionele eisen formuleert en de opdrachtnemer daar invulling aan moet geven dan *mag* de opdrachtnemer de ter indicatie bij de vraagspecificatie gevoegde bijlagen daar een belangrijke rol bij laten spelen en voor zover het gaat om bindende documenten, *moet* hij dat zelfs.

Het is jammer dat in de uitspraak verder geen verwijzing valt terug te lezen naar de specifieke bepalingen in de UAV-gc 2005. Impliciet volstaat de Raad met een meer algemeen verbintenisrechtelijke vingeroefening. In feite doet de Raad in kwestie niets anders dan invulling geven aan de

bedoeling van partijen. Hierbij lijkt de Raad een meer objectieve uitleg van de gestelde eisen tot uitgangspunt te nemen hetgeen in de lijn ligt met de meer recente *Haviltex*-rechtspraak van de Hoge Raad. Vgl. T.H.M. van Wechem en M.H. Wissink, 'Herpositionering van Haviltex: een wegwijzer voor de keuze tussen subjectieve en objectieve uitleg van schriftelijke contracten', *Contracteren* 2004/1, p. 21, S.N. Temme, 'Procederen over contractuitleg. De Haviltexnorm als bewijsregel' in *VrA* 2008/1, p. 5 e.v. en uitvoering en overzichtelijk E.M. Bruggeman '*De koop-/aannemingsovereenkomst in breed perspectief*', Den Haag: IBR 2010, p. 87 e.v.. Het hanteren van een meer objectieve uitleg is des te meer van belang nu opdrachten als de onderhavige doorgaans middels een aanbestedingsprocedure in de markt worden gezet waarbij de overeenkomst per definitie geen onderwerp is geweest van vrije onderhandelingen en voor de opdrachtnemer duidelijkheid noodzakelijk is om tot een juiste prijs te kunnen komen. Wanneer dan een eis wordt gesteld waarbij wordt verwezen naar een bindend document, dan is het standpunt van de Raad begrijpelijk dat dit bindende document bepalend moet zijn voor de invulling van de betreffende eis. Dit geldt aldus appelarbiters in ieder geval wanneer een redelijke uitleg van de eis in samenhang met de verstrekte documenten voor de opdrachtnemer niet tot nader onderzoek dwingt en er dus, zo vul ik aan, ook anderszins op de aannemer geen waarschuwingsplicht rust. Voor een meer subjectieve uitleg - het uitsluitend terug willen vallen op het blote criterium '*schepen die op het kanaal mogen komen*' - is dan geen plaats, omdat daaraan de aanwezig van het bewuste bindende document in de weg staat.

Het oordeel van de Raad strookt ook met het uitgangspunt in de UAV-gc 2005, dat de opdrachtgever verantwoordelijk is voor de inhoud van de vraagspecificatie (par. 3-3 UAV-gc 2005) en voor de inhoud van alle informatie die hij aan de opdrachtnemer ter beschikking stelt (par. 3-2 UAV-gc 2005). Leidt de toepassing van die informatie niet tot het door de opdrachtgever beoogde resultaat dan voorzien, afgezien van de situatie dat de opdrachtnemer tekortschiet, de UAV-gc 2005 wat mij betreft in twee routes.

Ten eerste het geval zoals hier aan de orde. De verstrekte informatie is op zichzelf niet onjuist, maar het gebruik daarvan leidt niet tot het door opdrachtgever gewenste resultaat. Met de RVW 2005

was immers niets mis, maar de toepassing van dit document leverde een resultaat op (het Groot Rijnchip als maatstaf) dat niet overeenstemde met wat de opdrachtgever voor ogen had (de Rijnmax als maatstaf). Heeft de opdrachtnemer in een geval als deze de verstrekte informatie op zich juist toegepast en rustte bovendien op hem geen waarschuwingsplicht (vgl. par. 14-4 UAV-gc 2005) dan zal de opdrachtgever uitsluitend nog het beoogde resultaat kunnen bereiken door middel van een op te dragen wijziging (par. 14-1 UAV-gc 2005). In voorkomend geval kan de opdrachtnemer zelfs aanspraak maken op een wijziging (zie aldus paragraaf 14-3 UAV-gc 2005).

Hiervan moet onderscheiden worden de situatie dat de informatie daadwerkelijk onjuist is. Voorbeeld: Een bij de vraagspecificatie gevoegde bijlage geeft aan dat de betonconstructie in een te renoveren kunstwerk op een bepaalde wijze verankerd is, terwijl dit in werkelijkheid helemaal niet het geval blijkt te zijn. Is dit kostenverhogend en had de aannemer niet de plicht hiertegen te waarschuwen, dan heeft de aannemer recht op vergoeding van de alsdan ontstane kosten (par. 44-1 UAV-gc 2005, aanhef en onder sub b, vgl. ook art. 7:753 BW meer specifiek lid 2). Binnen de context van de UAV-gc 2005 is het onderscheid tussen beide gevaltypen relevant omdat in het eerste geval par. 45 de te bewandelen marsroute bepaalt en in het tweede geval par. 44 voorschrijft op welke wijze partijen moeten trachten overeenstemming te bereiken.

De onderhavige rechtspraak maakt duidelijk dat het schrijven van een vraagspecificatie bepaald niet eenvoudig is. Het formuleren van heldere functionele eisen is al een vak apart. Daar komt nog eens bij dat aan het wel of niet bijvoegen van een bijlage een zeer weloverwogen keuze ten grondslag dient te liggen. Een bijlage kan immers in belangrijke mate bepalen hoe aan een geformuleerde eis invulling moet worden gegeven. En als die afwijkt van wat de opdrachtgever eigenlijk had gewild (omdat de opdrachtgever de consequenties van de bijlage niet goed heeft doorzocht) dan kan dat, zoals in kwestie, leiden tot een prijsverhogende wijziging. Aan het voor de bouw altijd belangrijke adagium '*mede bepalen is mede betalen*' moet binnen de context van de UAV-gc wellicht worden toegevoegd '*bijlagen geven, is er naar leven*'.