



Dit document is afgedrukt via IBRTracker op 21-10-2018 en uitsluitend bedoeld voor licentiehouder .

nr. 7 - juli 2008 (/docs/articles/2008/juli[1])

Deel dit artikel  ([https://twitter.com/intent/tweet?text=nr. 7 - juli 2008%20TBR 2008-131 Bommen en granaten&via=Instituut\\_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/juli/tbr-2008-131](https://twitter.com/intent/tweet?text=nr.7-juli-2008%20TBR-2008-131-Bommen-en-granaten&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/juli/tbr-2008-131))   
[https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/juli/tbr-2008-131&title=nr. 7 - juli 2008%20TBR 2008-131 Bommen en granaten&source=IBR Tracker](https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/juli/tbr-2008-131&title=nr.7-juli-2008%20TBR-2008-131-Bommen-en-granaten&source=IBR-Tracker))   
[https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/juli/tbr-2008-131&t=IBR Tracker%20nr. 7 - juli 2008%20TBR 2008-131 Bommen en granaten](https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/juli/tbr-2008-131&t=IBR-Tracker%20nr.7-juli-2008%20TBR-2008-131-Bommen-en-granaten)) (mailto:?subject=IBR Tracker Artikel delen&body=Ik vond dit artikel in IBR Tracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/juli/tbr-2008-131)

## TBR 2008/131

### Raad van Arbitrage voor de Bouw 22-2-2008, No. 28.942, (Bommen en granaten)

Scheidsgerecht: mr. J.G. de Vries Robbé, ir. G.M.F.J. Hammer en ing. F.W. van Meerkerk. Gemachtigde van eiseres in conventie, verweerster in reconventie, aanneemster: mr. J.M.F. Dingemans. Gemachtigde van verweerder in conventie, eiser in reconventie, opdrachtgever: mr. L.R. Kiers

**UAV-GC 2000 : par. 3.**

#### Design & Constructovereenkomst. Trillingsvrij funderen. Explosieonderzoek (NGE onderzoek). Tijdig beschikken over het terrein:

Tot slot zijn arbiters van oordeel dat - los van het type contract - volledig NGE onderzoek op en in de buurt van dit terrein bij uitstek onderzoek is dat voor risico van opdrachtgever dient te komen, tenzij opdrachtgever voor gunning expliciet kenbaar maakt dat aanneemster dit onderzoek in zijn geheel, dan wel voor een deel zelf dient uit te laten voeren (opdat aanneemster de daarmee gepaard gaande risico's in haar prijs kan verdisconteren).

**Met gastnoot E.W.J. van Dijk<sup>1</sup>, Red.**

*De gronden van de beslissing*

*Het geschil, vaststaande feiten*

5. Het geschil tussen partijen heeft betrekking op het ontwerp en de uitvoering van drie kruisingen in de R. tussen Z. en G.. De tracés van deze kruisingen worden gevormd door verhoogd aan te leggen viaducten inclusief steunpunten en bijbehorende taluds. De uitvoering van het werk speelt zich af in een gebied dat in de oorlog is gebombardeerd.

6. Het werk is Europees aanbesteed volgens de niet-openbare procedure zoals bedoeld in artikel 1.4.1 ARW 2004. De aanbesteding vond plaats op 8 juni 2005. Op 13 juli 2005 heeft opdrachtgever het werk aan aanneemster opgedragen. De prijs bedroeg €6.472,000,00 exclusief BTW. Op de overeenkomst zijn van toepassing verklaard de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor Geïntegreerde Contractvormen 2000 (hierna: 'UAV-GC 2000') met een aantal aanvullingen.

7. Het werk en de aanwijzingen die opdrachtgever in het kader van de aanbesteding heeft gegeven zijn omschreven in het Inschrijvingsdocument RW12 Kunstwerken R., R en B van 8 april 2005 (hierna: 'Inschrijvingsdocument RW12'). In het Inschrijvingsdocument RW 12 is onder meer omschreven dat het ontwerp en de uitvoering tot de verantwoordelijkheid van de inschrijvers behoort. In het Inschrijvingsdocument RW12 is voorts verwezen naar het bijbehorende document BDD 7745, dat is te beschouwen als een programma van eisen. Bij dit programma van eisen behoren vijf latere nota's van inlichtingen, waarvan de vijfde nota dateert van 30 mei 2005.

8. In het Inschrijvingsdocument RW12 wordt vermeld dat explosieonderzoek (hierna ook: 'NGE onderzoek') ter plaatse van de drie kruisingen is, dan wel zal worden uitgevoerd door S. (een bedrijf dat is gespecialiseerd in het onderzoek naar explosieven). Tevens wordt in het Inschrijvingsdocument RW12 vermeld dat de resultaten van dit explosieonderzoek via nota(s) van inlichtingen aan aanneemster ter beschikking zouden worden gesteld.

9. De inschrijvers hebben aan de hand van het programma van eisen een aanbestedingsontwerp (hierna 'AO') gemaakt. Het AO van aanneemster voorziet in een fundering door middel van het - op een normale wijze - inheien van prefab betonnen palen. Opdrachtgever was hiervan vóór het uitbrengen van de vijfde nota van inlichtingen op de hoogte. Via de vijfde nota van inlichtingen van 30 mei 2005 deelde opdrachtgever aan aanneemster mee dat de onderzoekslocaties nagenoeg volledig waren onderzocht, dat er tot dan toe geen explosieven waren aangetroffen, dat hij aanvullend NGE onderzoek had laten uitvoeren ter plaatse van de te realiseren steunpunten van de viaducten uitgaande van trillingsvrij funderen, dat hij voor de overige locaties - kort gezegd - verkennd NGE onderzoek had laten uitvoeren en dat nog aanvullend NGE onderzoek moest worden uitgevoerd.

10. Tussen partijen is in geschil het antwoord op de vraag wie de kosten dient te dragen voor het aanvullend NGE onderzoek. Partijen hebben hiertoe omstreeks eind juni, begin juli 2006 een overeenkomst gesloten (hierna: 'wijzigingsovereenkomst BDX 8372') waarbij partijen - kort gezegd - overeenkwamen dat aanneemster alle nog benodigde werkzaamheden in het kader van het aanvullend NGE onderzoek zal laten uitvoeren. Voorts is in de overeenkomst opgenomen dat de nog te maken kosten voor het nog uit te voeren NGE onderzoek zijn geraamd op €1.135.500,00 (exclusief BTW), dat aanneemster zorgdraagt voor alle betalingen van de werkzaamheden zoals zijn omschreven in artikel 2(2 en 3) van de onderhavige overeenkomst, dat aanneemster het geschil ten aanzien van het aanvullend NGE onderzoek bij de Raad aanhangig zal maken en dat partijen de uitspraak van de Raad zullen aanmerken als bindend. Tot slot is in de wijzigingsovereenkomst BDX 8372 opgenomen dat opdrachtgever in afwachting van de uitspraak van de Raad 50% van alle betalingen van de werkzaamheden zal vergoeden. Op het moment van indiening van de MvA/Er had opdrachtgever ter zake aan aanneemster €185.338,20 betaald.

#### **De vorderingen van partijen**

11. Aanneemster vordert bij MvE om

voor recht te verklaren dat de NGE problematiek zoals in de wijzigingsovereenkomst BDX 8372 en in de MvE is omschreven, voor rekening en risico van opdrachtgever komt en dat opdrachtgever derhalve gehouden is de kosten (waaronder de stafkosten en 6% AK-vergoeding) van aanneemster als gevolg daarvan aan aanneemster te vergoeden, kosten rechtens.

12. Opdrachtgever vordert bij MvA/Er om:

(a) voor recht te verklaren dat de NGE-problematiek, zoals in de wijzigingsovereenkomst BDX8372 en in de MvA/Er is omschreven, voor rekening en risico van aanneemster komt;  
 (b) aanneemster te veroordelen om alle betalingen, zoals door opdrachtgever op grond van artikel 2 lid 7 van de wijzigingsovereenkomst BDX-8372 aan aanneemster gedaan, aan opdrachtgever terug te betalen (tot op het moment van indiening van de MvA/Er € 185.338,20);  
 (c) aanneemster te veroordelen tot vergoeding van de nader op te geven overige kosten van opdrachtgever (tot op het moment van indiening van de MvA/Er € 83.295,00), kosten rechtens, met de bepaling dat indien niet binnen veertien dagen na dagtekening vonnis aan deze proceskostenveroordeling zal zijn voldaan, rente is verschuldigd.

13. Beide partijen concludeerden - kort gezegd - tot afwijzing van de vorderingen van de wederpartij, kosten rechtens.

14. Tijdens de mondelinge behandeling verzochten aanneemster en opdrachtgever om over de vordering in conventie voor wat betreft de verschuldigdheid van de stafkosten en de 6% AK-vergoeding, respectievelijk de vordering in reconventie betreffende de overige kosten van opdrachtgever (de vordering in reconventie onder (c)) niet te oordelen, opdat deze bij een eventuele schadestaat(vervolg)- procedure aan de orde zouden kunnen komen.

#### **De bevoegdheid**

15. De bevoegdheid van ondergetekenden tot beslechting van dit geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast.

#### **Beoordeling van het geschil in conventie en in reconventie**

##### **Verklaring voor recht**

16. In het geding is allereerst aan de orde de beoordeling van de vraag wie de kosten van het aanvullend NGE onderzoek dient te dragen (en in het verlengde daarvan of aanneemster de door opdrachtgever ter zake gedane betalingen terug dient te betalen). Aanneemster stelt - kort gezegd - daartoe dat uit de contractstukken is af te leiden dat het totale NGE onderzoek - dus behalve het reeds door opdrachtgever uitgevoerde onderzoek ook het nog uit te voeren aanvullend NGE onderzoek - door en voor rekening van opdrachtgever zou worden uitgevoerd.

##### *Vijfde nota van inlichtingen*

17. Opdrachtgever heeft dit betwist. In de vijfde nota van inlichtingen is aangegeven dat aanneemster het aanvullend NGE onderzoek zou dienen uit te voeren. Voor zover dat niet duidelijk uit de vijfde nota van inlichtingen is af te leiden, dient dit onderzoek toch door aanneemster te worden uitgevoerd, omdat immers sprake is van een Design & Constructovereenkomst waarop de UAV-GC 2000 van toepassing is. Daarbij zijn de werkzaamheden (waaronder onderzoek) die opdrachtgever ten behoeve van het ontwerp en uitvoering zal verrichten limitatief in de Contractdocumenten opgesomd en het aanvullende NGE onderzoek maakt geen onderdeel uit van die limitatieve opsomming, aldus - nog steeds - opdrachtgever.

18. Arbiters zijn van oordeel dat aanneemster op grond van uit de inhoudsopgave van Contractdeel 4 in relatie tot de inhoud van de vijfde nota van inlichtingen er van uit mocht gaan dat opdrachtgever het totale (en derhalve ook aanvullend) NGE onderzoek zou laten uitvoeren en dat dit onderzoek bij gunning zou zijn afgerond. Tussen partijen staat immers onbetwist vast dat in de inhoudsopgave van Contractdeel4, projectgegevens (versie 12 april 2005), is vermeld:

- 4g  
 explosieonderzoek (vanaf 6 mei 2005 beschikbaar)
1. resultaten S. R. (volgt via nota van inlichtingen)
  2. resultaten S. R. (volgt via nota van inlichtingen)
  3. resultaten S. B. (volgt via nota van inlichtingen)

Daarnaast is in de vijfde nota van inlichtingen van 30 mei 2005 in de eerste en zevende alinea van artikel 2.1 'Bommen en granatenonderzoek' vermeld:

1e alinea: Door de Opdrachtgever wordt een Bommen en Granatenonderzoek uitgevoerd. Ten gevolge van lokale omstandigheden en stagnatie in de proceduretijd bij het Hoogheemraadschap is er vertraging opgetreden bij het onderzoeken van de locatie de Rotte. Hierdoor is het niet mogelijk om de voorgenomen bomvrijverklaring ter inzage te leggen bij de Algemene Inlichtingen of mee te sturen bij één van de schriftelijke Nota's van Inlichtingen.

Stand van zaken

3e alinea: De onderzoekslocaties zijn nagenoeg volledig onderzocht, er zijn tot nu toe geen explosieven aangetroffen. In de rapporten R. en B. zijn de door de opdrachtnemer te benaderen en verdachte locaties aangegeven. De rapportages en bevindingen zijn vermeld in de bijgevoegde bijlage.

(...)

7e alinea: Bij gunning is het gehele Bommen en Granatenonderzoek afgerond en zal dan ook overhandigd worden aan de opdrachtnemer.

19. Opdrachtgever verwijst naar de tweede alinea van artikel 2.1 van de vijfde nota van inlichtingen, op grond waarvan hij van mening is dat aanneemster aanvullend NGE onderzoek dient uit te voeren, doch arbiters achten dit onjuist.

20. De tekst van de tweede alinea luidt:

**Restricties t.a.v. het aanbrengen t.g.v. het bommen en granatenonderzoek**

*2e alinea: Door de Opdrachtgever is een verkennend NGE bodemonderzoek en een dieptedetectie uitgevoerd t.p.v. de steunpunten van de constructie en op basis van trillingsvrij funderen. Ter plaatse van het overige te realiseren werk dient een aanvullend NGE bodemonderzoek te worden uitgevoerd. Het onderzoek dient minimaal te bestaan uit een aanvullend historisch onderzoek, een oppervlaktedetectie en eventueel, waar nodig, een dieptedetectie. Een en ander dient zodanig te worden uitgevoerd dat dit resulteert in een bomvrij verklaring voor het te realiseren werk. (...).*

Arbiters zijn van oordeel dat opdrachtgever via deze alinea inschrijvers op de hoogte stelt van het feit dat hij aanvullend NGE onderzoek bij de steunpunten heeft uitgevoerd dat kan worden gebruikt voor inschrijvers die een AO hebben ingediend dat uitgaat van trillingsvrij funderen (en dat dit onderzoek derhalve een beperkt gebied nabij de steunpunten beslaat) en dat hij voor het resterende gebied rond de steunpunten, voor de inschrijvers die een AO hebben ingediend dat uitgaat van niet trillingsvrij funderen, en voor het overige gebied op grond van het door hem reeds uitgevoerde NGE onderzoek, nog aanvullend NGE onderzoek zal uitvoeren. Immers, in Contractdeel 4 staat dat opdrachtgever explosievenonderzoek zal uitvoeren, en uit de 1e en 7e alinea van deze nota leiden arbiters af dat opdrachtgever zich heeft voorgenomen dat het door hem uit te voeren gehele explosievenonderzoek (het 'gehele Bommen en Granatenonderzoek') bij gunning zal zijn afgerond en aan aanneemster zal worden overhandigd en dat dit onderzoek resulteert in een bomvrijverklaring voor het gehele gebied.

21. Daarbij komt dat de zienswijze van opdrachtgever - dat de inschrijvers die een AO hebben opgesteld dat uitgaat van niet trillingsvrij funderen, zelf aanvullend NGE onderzoek dienen uit te voeren nabij (onder meer) een groter gebied rond de steunpunten - tot gevolg heeft dat deze inschrijvers ongelijk zouden worden behandeld hetgeen in het licht van de aanbesteding ongeoorloofd zou zijn geweest. Immers, deze inschrijvers zouden in dat geval óf hun ontwerp op het allerlaatste moment (acht dagen voor de aanbesteding) moeten aanpassen óf op het allerlaatste moment, dan wel tijdens de uitvoering ter plaatse van een groter gebied nabij de steunpunten zelf uitgebreid NGE onderzoek moeten uitvoeren, terwijl de inschrijvers die uitgaan van trillingsvrij funderen dat aldaar niet zouden hoeven te doen.

22. Tot slot zijn arbiters van oordeel dat - los van het type contract - volledig NGE onderzoek op en in de buurt van dit terrein bij uitstek onderzoek is dat voor risico van opdrachtgever dient te komen, tenzij opdrachtgever voor gunning expliciet kenbaar maakt dat aanneemster dit onderzoek in zijn geheel, dan wel voor een deel zelf dient uit te laten voeren (opdat aanneemster de daarmee gepaard gaande risico's in haar prijs kan verdisconteren). Opdrachtgever dient er immers voor te zorgen dat aanneemster tijdig beschikt over het terrein waarin het werk moet worden gerealiseerd en de mogelijke aanwezigheid van explosieven in dat terrein is zodanig ver verwijderd van het te maken ontwerp en uit te voeren werk, dat aanneemster bij het maken van het ontwerp en uitvoeringsplan in beginsel geen rekening hoeft te houden dat zij ter zake zelf onderzoek dient uit te voeren. Een Design & Constructovereenkomst heeft dan ook niet tot gevolg dat aanneemster al het onderzoek dat voor het vervaardigen van het ontwerp en voor de uitvoering noodzakelijk is, dient te verrichten tenzij het tegendeel uit de Contractdocumenten blijkt. Daarbij komt dat opdrachtgever zich op het standpunt stelt dat hij verplicht was alleen verkennend NGE onderzoek uit te laten voeren (zie pleitnota opdrachtgever onder 30), doch opdrachtgever heeft niet aangegeven, noch is arbiters anderszins gebleken, dat (slechts) het verkennend NGE onderzoek onderdeel uitmaakt van de in de Contractdocumenten opgenomen limitatieve opsomming van het door opdrachtgever uit te voeren onderzoek. Datzelfde geldt overigens ook voor het door opdrachtgever uitgevoerde aanvullend NGE onderzoek ter plaatse van de steunpunten van de constructie op basis van trillingsvrij funderen.

23. Opdrachtgever stelt voorts dat aanvullend NGE onderzoek voor rekening van aanneemster dient te komen, omdat aanneemster zich ervan bewust was dat zij dit onderzoek zelf zou laten uitvoeren. Aanneemster heeft immers bij inschrijving en in haar planning met aanvullend NGE onderzoek rekening gehouden, aldus - nog steeds - opdrachtgever. Arbiters achten dit eveneens onjuist.

Inschrijving

24. Opdrachtgever doelt op de inhoud van het 'Opheldering aanbiedingsdossier' dat aanneemster heeft opgesteld naar aanleiding van vragen en opmerkingen van opdrachtgever bij de beoordeling van het AO op 10 juni 2005. Aanneemster maakt in dit dossier onder verwijzing naar 'bommen en granaten' melding van aanvullend onderzoek.

25. In de vijfde nota van inlichtingen wordt melding gemaakt van aanvullend NGE onderzoek ter plaatse van de steunpunten van de constructie op basis van trillingsvrij funderen. Vervolgens heeft opdrachtgever bij de beoordeling van het AO op 10 juni 2005 aan aanneemster gemeld:

De bomvrijverklaring is afgegeven voor trillingsvrij funderen (zie nota nr. 5)

en aan aanneemster gevraagd of de door haar gekozen normale funderingswijze wel mogelijk was. Aanneemster heeft ter zitting arbiters aannemelijk gemaakt, dat zij voornemens was om alleen in de nabijheid van het heiwerk beperkt aanvullend NGE onderzoek uit te voeren (namelijk in een gebied rond 10 meter van het uit te voeren heiwerk), ter compensatie van het feit dat zij acht dagen vóór de aanbesteding werd geconfronteerd met de mededeling dat opdrachtgever het NGE onderzoek nabij de steunpunten niet had uitgevoerd voor het AO dat aanneemster had opgesteld (namelijk op basis van trillingsvrij funderen en niet op basis van de door aanneemster voorziene heimethode) en dat het in deze korte periode voor haar onmogelijk was haar ontwerp hierop aan te passen. Arbiters zijn derhalve van oordeel dat dit 'aanvullend onderzoek' niet ziet op aanvullend NGE onderzoek zoals bedoeld in de vijfde nota van inlichtingen.

26. Uit de stellingen van aanneemster leiden arbiters vervolgens af dat aanneemster van mening is dat het door haar voorgenomen beperkt aanvullend NGE onderzoek in een gebied rond 10 meter van het uit te voeren heiwerk evenmin voor haar rekening dient te komen, omdat haar achteraf is gebleken dat dit voornemen is gebaseerd op onvolledig en onjuist NGE onderzoek dat opdrachtgever ter plaatse van de steunpunten heeft laten uitvoeren. Aanneemster heeft immers aangevoerd dat haar nadien is gebleken dat opdrachtgever een aantal steunpunten - namelijk de bestaande steunpunten van de te vervangen viaducten - niet had onderzocht. Daarnaast is zij in het werk geconfronteerd met tientallen verdachte locaties, hetgeen omvangrijk NGE onderzoek tot gevolg had, terwijl uit het NGE onderzoek dat opdrachtgever vóór aanbesteding had laten uitvoeren bleek dat er slechts twee verdachte locaties waren aangetroffen (en dat vóór gunning nog een derde verdachte locatie was aangetroffen). Daarentegen bleek uit oude informatie die opdrachtgever begin 2006 aan aanneemster ter beschikking heeft gesteld, dat het gebied van de te realiseren kruisingen als hoogverdacht diende te worden aangemerkt. Opdrachtgever heeft deze stellingen niet, dan wel onvoldoende weersproken. Arbiters achten het onder deze omstandigheden onredelijk en onbillijk om aanneemster de kosten te laten dragen voor beperkt aanvullend NGE onderzoek in een gebied rond 10 meter van het uit te voeren heiwerk. Dit klemt temeer nu aanneemster dit onderzoek sowieso niet had behoeven uit te voeren (zie hiervoor onder 20 en 21) en aanneemster op grond van de gegevens van opdrachtgever ervan uit mocht gaan dat er een gerede kans zou zijn dat daarbij sprake zou zijn van een beperkt onderzoek. Opdrachtgever had acht dagen voor gunning in de vijfde nota van inlichtingen immers aangegeven dat de onderzoekslocaties nagenoeg volledig waren onderzocht en dat er tot dan geen explosieven waren aangetroffen. Daarnaast waren op dat moment slechts twee verdachte locaties aangetroffen.

#### Planning

27. Opdrachtgever doelt op werkzaamheden die aanneemster in haar planning onder het kopje 'NGE onderzoek' heeft opgenomen. Die planning is op 29 november 2005 opgesteld, nadat het aanneemster rond 23 november 2005 voor het eerst duidelijk was geworden dat opdrachtgever zich op het standpunt stelde dat aanneemster aanvullend NGE onderzoek voor haar kosten diende uit te voeren. Arbiters zijn van oordeel - gelijk aanneemster ter zitting stelde - dat onder deze omstandigheden hieruit niet kan worden afgeleid dat aanneemster (dus) de kosten voor haar rekening neemt. De feitelijke realiteit op dat moment was nu eenmaal dat aanvullend NGE onderzoek moest worden uitgevoerd en dat aanneemster het werk binnen een bepaalde tijd gereed moest hebben, op straffe van een forse boete (ter zitting onweersproken gesteld €5.000,00 per dag).

#### Tot slot

28. Voor zover tot slot opdrachtgever stelt dat aanvullend NGE onderzoek ter plaatse van de steunpunten van de viaducten wel voor rekening van aanneemster dient te komen, omdat dergelijk onderzoek afhankelijk is van de door aanneemster gekozen wijze van fundering, achten arbiters deze redenering onjuist. Aanneemster mocht er immers ten tijde van het opstellen van haar AO ervan uitgaan dat opdrachtgever ten behoeve van alle inschrijvers het totale NGE onderzoek vóór gunning zou hebben afgerond en opdrachtgever was via de AO's van de inschrijvers op de hoogte van de door hen gekozen wijze van fundering.

#### **Conclusie vorderingen over en weer**

29. Arbiters zijn van oordeel dat de in conventie gevorderde verklaring voor recht - dat de NGE problematiek zoals in de wijzigingsovereenkomst BDX 8372 en in de MvE is omschreven, voor rekening en risico van opdrachtgever komt en dat opdrachtgever derhalve gehouden is de kosten van aanneemster als gevolg daarvan aan aanneemster te vergoeden - dient te worden toegewezen. In het verleden daarvan zijn arbiters van oordeel dat de in reconventie gevorderde verklaring voor recht, alsmede de gevorderde terugbetaling (zie hiervoor onder 12 onder (a) en (b)) dient te worden afgewezen. (*Enz., enz., Red.*)

#### **Noot**

1. Met de twee hier te bespreken uitspraken heeft de Raad van Arbitrage voor de Bouw (hierna: Raad van Arbitrage), althans voor zover mij bekend, zich voor het eerst inhoudelijk uitgelaten over contracten waarop de UAV-GC van toepassing zijn (voor wat het onderwerp van deze uitspraken betreft maken de 2000 en de 2005 versie van de UAV-GC geen verschil en laat ik de jaartaltoevoeging steeds achterwege). Bij een contract dat in de markt is gezet als samenwerkingsmodel, is het goed te zien dat arbiters een aantal uitgangspunten van de UAV-

GC bevestigen. Dat dient de rechtszekerheid en dat is niet zonder belang mochten partijen er alsnog niet samen uitkomen. Bovendien maken arbiters duidelijk dat opdrachtgevers niet geheel risicoloos in een UAV-GC contract staan. De ervaring leert dat niet alleen aannemers, maar ook professionele opdrachtgevers nog erg moeten wennen aan de UAV-GC. Niet zelden is de gedachte bij opdrachtgevers dat bij de UAV-GC alle risico's bij de aannemer liggen, een gedachte die de discussie met de aannemer nogal eens beheerst en, nu deze niet juist is, het bereiken van een oplossing bemoeilijkt. Thans eerst een korte schets van beide uitspraken.

#### **Raad van Arbitrage 21 augustus 2007, No. 27.733**

2. In deze uitspraak diende de aannemer een bergbezinkbassin te realiseren. Onderdeel van het werk was het baggeren en afvoeren van slib. Voor wat betreft de ontwerpwerkzaamheden - vgl. artikel 5 van de (Model)Basisovereenkomst - was de aannemer verantwoordelijk voor het maken van het definitief ontwerp en het uitvoeringsontwerp. De omvang van het te baggeren slib was, zo vermeldde het programma van eisen, aangegeven op tekening en verder vermeldde de eerste nota van inlichtingen nog het totale oppervlakte van de vijver alsmede de volgende passage: *'Ter indicatie gegevens 1996: Oppervlak voorvijver ca. 2100m2. Afgevoerd Slib 760 ton.'*

Van belang is dat de aannemer op basis van deze gegevens is gaan rekenen en dat had hij, althans wat de gemeente betreft, niet mogen doen. In de uitspraak lezen wij dat de gemeente de mening was toegedaan dat de aannemer, vanwege zijn ontwerpverantwoordelijkheid, zelf de benodigde gegevens had moeten verzamelen. Arbiters konden het standpunt van de opdrachtgever niet billijken en oordeelden driedelig:

1. Verstrek de opdrachtgever geen gegevens, dan is het aan de aannemer deze gegevens te verzamelen.
2. Verstrek een opdrachtgever wel gegevens dan kan het de aannemer niet verweten worden dat hij deze gegevens serieus neemt en mag hij er vanuit gaan dat hij zich ook op de bruikbaarheid van die gegevens kan verlaten.
3. De aannemer zal wel moeten beoordelen of hij een onzekerheidsmarge in acht moet nemen, wanneer, zoals in kwestie, gegevens gedateerd (kunnen) zijn, dan wel wanneer slechts 'circa'-hoeveelheden zijn gegeven.

#### **Raad van arbitrage 22 februari 2008, No. 28.942**

3. In dit geval werd het ontwerp en de uitvoering opgedragen van verhoogd aan te brengen viaducten inclusief steunpunten en bijbehorende taluds in een gebied waar in de oorlog behoorlijk was gebombardeerd. De aanwezigheid van NGE's (Niet Gesprongen Explosieven) in het werkterrein was dus niet ondenkbaar. Het inschrijvingsdocument vermeldde dan ook dat explosievenonderzoek door de opdrachtgever werd uitgevoerd, waarbij de resultaten via de nota's van inlichtingen bekend werden gemaakt. Twistpunt was, zo begrijp ik, de tweede alinea van de vijfde nota van inlichtingen, die door de opdrachtgever aldus werd gelezen dat zij op basis van *trillingsvrij* heien een explosievenonderzoek heeft laten plaatsvinden. Was de betreffende aannemer voornemens om *niet* trillingsvrij te heien - zoals in kwestie het geval was - dan diende de aannemer het in de betreffende alinea bedoelde 'aanvullende NGE(-bodemonderzoek)' zelf te verrichten. De aannemer was het met die uitleg niet eens en vond arbiters aan zijn zijde.

In de eerste plaats bleek volgens arbiters uit de contractstukken genoegzaam dat de opdrachtgever het gehele NGE onderzoek voor haar rekening zou nemen. Arbiters zijn daarbij van oordeel dat NGE-onderzoek, zelfs onafhankelijk van het te gebruiken contract, een verantwoordelijkheid van de opdrachtgever is. Dat zou alleen dan een verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer zijn indien dit vooraf expliciet kenbaar was gemaakt. Daarnaast speelt nog een ander meer aanbestedingsrechtelijk aspect een rol, dat op zich al een annotatie waard is, maar dat ik in verband met het onderwerp van deze noot slechts noem. Inschrijvers die voornemens waren trillingsvrij te heien konden uitgaan van het beschikbare onderzoek van opdrachtgever. Inschrijvers die niet trillingsvrij zouden gaan heien konden dat niet. Die moesten, in de visie van de opdrachtgever, zelf nader onderzoek verrichten. Dit betekende dat deze inschrijvers ten opzichte van de eersten ongelijk werden behandeld en dat kon volgens arbiters aanbestedingsrechtelijk niet door de beugel.

#### **Paragraaf 3 UAV-GC**

4. Alhoewel door arbiters niet expliciet genoemd, wordt in beide uitspraken toepassing gegeven aan paragraaf 3 UAV-GC.

Lid 1 van deze paragraaf bepaalt namelijk dat de opdrachtnemer tijdig moet kunnen beschikken over (a) *'alle informatie waarover de Opdrachtgever beschikt, voor zover het ter beschikking stellen noodzakelijk is om de Opdrachtnemer in staat te stellen het Werk en het Meerjarig Onderhoud conform de Overeenkomst te realiseren'* en (b) *'het in de Vraagspecificatie omschreven terrein en/of het water waarop, waarin en/of waaronder het Werk en het Meerjarig onderhoud moet worden gerealiseerd.'* Lid 2 bepaalt vervolgens: *'De Opdrachtgever is verantwoordelijk voor de inhoud van alle informatie die door hem aan de Opdrachtnemer ter beschikking is gesteld, ...'* en lid 3: *'De Opdrachtgever is verantwoordelijk voor de inhoud van de Vraagspecificatie, ...'*

Zoals in de toelichting bij de UAV-GC ook valt te lezen verwoorden deze bepalingen het wettelijk uitgangspunt dat de crediteur verplicht is de noodzakelijke medewerking te verlenen aan de debiteur om zijn prestaties te kunnen uitvoeren. Met beide uitspraken geven arbiters duidelijk en ook op een juiste manier invulling aan dit uitgangspunt, waarbij het in wezen gaat om een concrete invulling van de aan de UAV-GC ten grondslag liggende risicoverdeling.

5. De eerst besproken uitspraak leert dat de opdrachtgever niet zonder meer verplicht is gegevens te verstrekken. De opdrachtgever heeft in beginsel de vrijheid om de inhoud en de omvang van de vraagspecificatie te bepalen. Een summierere vraagspecificatie bezorgt de aannemer dus het nodige werk. Een voorbeeld hiervan, waarbij overigens niet de UAV-GC van toepassing waren maar wel sprake was van een Design & Construct-overeenkomst is te vinden in het appelvonnis van de Raad van Arbitrage van 6 september 2007, TBR 2008/112, p. 574.

Maar let op: verstrekt de opdrachtgever gegevens, dan mag de aannemer er vanuit gaan dat deze juist en bruikbaar zijn. Een juiste toepassing van lid 2 van paragraaf 3 UAV-GC, zo lijkt mij. Is de opdrachtgever volledig vrij in de keuze welke gegevens wel en niet worden verstrekt? Nee, zo geeft lid 1, sub a van paragraaf 3 UAV-GC als antwoord. De opdrachtgever dient alle informatie te verstrekken waarover hij beschikt en die noodzakelijk is om een correcte aanbidding te doen. Wanneer de opdrachtgever bijvoorbeeld werkzaamheden laat verrichten langs een dijktracé en hij beschikt over een rapport waaruit blijkt dat een deel van de dijk slecht is, dan zal hij deze informatie aan de aannemer ter beschikking moeten stellen.

6. Interessant en voor de praktijk van groot belang is dat arbiters van oordeel zijn dat de aannemer zich ook mag verlaten op 'circa' maten en gegevens van wat oudere datum, mits de aannemer de gegevens weegt en zondig rekening houdt met een onzekerheidsmarge. Met andere woorden: alle door de opdrachtgever verstrekte gegevens worden geacht bruikbaar te zijn. Wat mij betreft geldt dat dus ook voor slechts 'ter inlichting' verstrekte gegevens. Toevoegingen als 'circa', 'ter indicatie', 'ter inlichting', et cetera, zetten de toepasselijkheid van paragraaf 3 dus niet opzij.

7. Wat voor de eerste uitspraak al gold, geldt voor de tweede nog meer en dat is dat voor paragraaf 3 UAV-GC feitelijk dezelfde uitgangspunten gelden als voor paragraaf 5 UAV 1989. Uit de onder de UAV 1989 gewezen rechtspraak is bekend dat het kunnen beschikken over het terrein ruim moet worden uitgelegd. Ook het niet kunnen beginnen met het werk vanwege de aanwezigheid van oude funderingsresten valt hier bijvoorbeeld onder. Zie M.A.B. Chao-Duivis, *Hoofdstukken Bouwrecht*, deel 3, 2006, nr. 183. De toelichting bij de UAV-GC geeft aan dat deze lijn naar de UAV-GC dient te worden doorgetrokken. Zo ook dezelfde auteur in 'Veranderde Rollen', *Bouwrecht Monografieën* nr. 21, Deventer: Kluwer 2001, p. 163.

8. Ik heb het altijd al vreemd gevonden dat de UAV-GC, bijvoorbeeld in paragraaf 13, geen enkele bepaling wijdt aan zoiets belangrijks als explosieven. Ik kan er echter vrede mee hebben, en het lijkt mij zelfs vanzelfsprekend, wanneer de aanwezigheid van explosieven wordt geplaatst in de lijn van de hiervoor genoemde rechtspraak over het beschikbaarstellen van het terrein. Zijn explosieven aanwezig dan wordt het terrein geacht niet voor de aannemer beschikbaar te zijn. Of zoals arbiters het in de uitspraak van 22 februari 2008 formuleren:

*'Opdrachtgever dient er immers voor te zorgen dat aannemster tijdig beschikt over het terrein waarin het werk moet worden gerealiseerd en de mogelijke aanwezigheid van explosieven in dat terrein is zodanig ver verwijderd van het te maken ontwerp en uit te voeren werk, dat aannemster (...) in beginsel geen rekening hoeft te houden dat zij ter zake zelf onderzoek dient uit te voeren.'*

#### Wijziging door wie?

9. Wanneer de door de opdrachtgever verstrekte informatie niet deugt respectievelijk de aanwezigheid van NGE'S het werk van de aannemer belemmert, zal dit voor het ontwerp en de uitvoering van het werk consequenties (kunnen) hebben. De vraag is of dit dan moet leiden tot een wijziging op verzoek van de aannemer (paragraaf 15 UAV-GC) of een wijziging op verzoek van de opdrachtgever (paragraaf 14 UAV-GC). Om procedurele impasses te voorkomen, zoals de toelichting bij de UAV-GC het motiveert, wordt het antwoord gegeven in paragraaf 14 lid 3 UAV-GC. Zodra een wijziging noodzakelijk is geworden als gevolg van een voor rekening en risico van de opdrachtgever komende omstandigheid, wordt dit geacht een door de opdrachtgever opgedragen wijziging te zijn. De UAV-GC lijken hiermee nog eens te benadrukken dat de aannemer ervan uit moet kunnen gaan dat de opdrachtgever zijn zaken op orde heeft.

E.W.J. van Dijk

1 Edwin van Dijk is advocaat bij de sectie bouw en vastgoed van Bierman Advocaten in Tiel.

Deel dit artikel  ([https://twitter.com/intent/tweet?text=nr. 7 - juli 2008%20TBR 2008-131 Bommen en granaten&via=Instituut\\_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/juli/tbr-2008-131](https://twitter.com/intent/tweet?text=nr.7-juli-2008%20TBR-2008-131-Bommen-en-granaten&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/juli/tbr-2008-131))   
[https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/juli/tbr-2008-131&title=nr. 7 - juli 2008%20TBR 2008-131 Bommen en granaten&source=IBR Tracker](https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/juli/tbr-2008-131&title=nr.7-juli-2008%20TBR-2008-131-Bommen-en-granaten&source=IBRTracker)   
[https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/juli/tbr-2008-131&t=IBR Tracker%20nr. 7 - juli 2008%20TBR 2008-131 Bommen en granaten](https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/juli/tbr-2008-131&t=IBRTracker%20nr.7-juli-2008%20TBR-2008-131-Bommen-en-granaten) (mailto:?subject=IBR Tracker Artikel delen&body=Ik vond dit artikel in IBR Tracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2008/juli/tbr-2008-131)