

TBR 2024/7**Raad van Arbitrage in bouwgeschillen, 4 april 2023, No. 37.368, (Kwalificatie en uitleg van een onderaannemingsovereenkomst op grond van de UAV-GC 2005)**

(Prof. em. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis, ir. T.A.G.C. Haagmans en ir. M. Romijn)

UAV-GC 2005: par. 3 lid 2, par. 3 lid 9, par. 4 lid 7

Contra proferentem. Filosofie. Ontwerpverantwoordelijkheid. Risicoverdeling. UAV-GC

Met gastnoot E.W.J. van Dijk, Red.¹**DE GRONDEN VAN DE BESLISSING
de bevoegdheid**

5. De bevoegdheid van arbiters tot beslechting van dit geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. In artikel 33 van de toepasselijke Algemene Inkoopvoorwaarden B d.d. 1 juni 2017 is een arbitraal beding opgenomen dat verwijst naar de RvA en zijn statuten/arbitragereglement. Verder blijkt uit een e-mail van B van 21 januari 2022 dat zij heeft ingestemd met indiening van de memorie van eis bij de RvA. Van toepassing is het arbitragereglement van 1 augustus 2021.

de feiten

6. Tussen partijen staat onder meer het volgende vast:

a. C heeft B opdracht gegeven voor de realisatie van het project D (D) X. Een deel van het project hield in dat het NS-station Y wordt voorzien van een perronkap die bestaat uit PV-panelen die het gehele station van elektriciteit voorzien. De per-

ronkap bestaat uit een staalconstructie waarop de zonnepanelen worden bevestigd.

b. Op 17 juli 2019 heeft A van B een offerteaanvraag ontvangen voor de staalconstructie en voor PV-panelen voor het NS-station Y. In de inkoop-specificatie staat onder meer dat haar uitvraag is om een partij te zoeken onder wiens regie de staalconstructie en de zonnepanelen worden gemaakt en gemonteerd, waarbij het startpunt het (in opdracht van B door E opgestelde) DO is en dat daarna het tweede deel van het ontwerpproces (technisch ontwerp) start in bouwteamverband waarbij de beoogde leverancier kennis, kunde en ervaring inbrengt in het ontwerpproces en daarna de realisatie verzorgt.

c. Per e-mail van 30 augustus 2019 heeft A onder meer het volgende aan B gevraagd:

“(…) Vele complexe details dienen nog statisch en esthetisch uitgewerkt te worden. Dit kan de nodige prijsconsequenties opleveren. Biedt u mogelijkheden om onze prijzen bij een definitief ontwerp nog bij te stellen?”

Het antwoord van B was:

“Ja, u kunt hiervoor nu een voorstel voor aandragen.”

d. Nadat er op 9 september 2019 een bespreking heeft plaatsgevonden tussen partijen heeft A op 23 september 2019 een offerte uitgebracht voor deel A (de staalconstructie) en deel B (installatie en levering PV-panelen). Op 19 november 2019 heeft A een aangepaste offerte uitgebracht, met toegevoegd deel C dat ziet op de beglazing van vier liftschachten.

e. Vanaf oktober 2019 maakte A deel uit van een bouwteam voor het ontwerp van de perronkappen. In het verslag van het eerste overleg op 29 oktober 2019 staat onder meer dat de ontwerpberekening nog niet het niveau van een afgeronde definitieve hoofdberekening heeft en dat de bedoeling is om dit en ook de bouwkundige tekeningen in een bouwteamverband verder uit te werken. Volgens

¹ Edwin van Dijk is werkzaam als advocaat bij Construct Advocaten in Velp. Hij is gespecialiseerd in aanbestedingsrecht, bouwrecht en vastgoedrecht.

het verslag is de constructie sterk statisch onbepaald. Verder staat in het verslag dat uit het verder brengen van de berekening naar het niveau van een definitieve ontwerpberekening mogelijk nog optimalisatie/materiaalbesparing van het staalwerk volgt en dat B aangeeft dat het de bedoeling is dat beide partijen daarvan profiteren. Als actiepunt staat er vermeld dat partijen een verdeelsleutel AK/JD afspreken.

f. In het bouwteamoverleg 2 op 4 november 2019 is van de zijde van B opgemerkt dat verwacht wordt dat er nog een aanzienlijke besparing mogelijk zal zijn qua optimalisatie gewichtsbesparing staalconstructie. A heeft daarop aangegeven dat een eventuele gewichtsbesparing kan leiden tot een besparing in euro's maar dat dat niet altijd het geval is. Volgens het verslag zou een verdeelsleutel in euro's overeengekomen worden tussen partijen.

g. Per e-mail van 29 januari 2019 heeft A onder meer het volgende aan B geschreven:

“(…) Contract:

Blad 3/7: punt 5. Er wordt gesproken over een verrekenbare aanneemsom van het werk. De vraag die we hierbij hebben is wat is nu precies verrekenbaar en wat niet?

In onze perceptie is tenminste verrekenbaar wat er nog aan het ontwerp wijzigt t.o.v. offerte, afhankelijk van de te maken ontwerpkeuzes. Ik heb daarvoor de belangrijkste punten in bijgevoegd lijstje gezet.

o de punten 1 t/m 4 voor ontwerpwijzigingen binnen de scope.

o De punten 5 en 6 heb ik benoemd als meer- en minderwerk van dit VTW onderhoudbaarheid. Het ntb. saldo VTW zal naar verwachting resulteren in een meerwerkbedrag.

Hoe gaan we daarmee om in relatie tot het verrekenbare plafondbedrag EUR 1.665.900? Tellen we het positieve saldo van 5 en 6 straks op bij de verrekenbare aanneemsom? Graag jou mening hierover. o Punt 7 over de afrondingsstraal R=2 is voor ons een discussiepunt maar heb ik voor het overzicht toegevoegd in dit document. (...)”.

h. In de bijlage bij voormelde e-mail is vermeld: “Gesignaleerde meer- en minderwerken in ontwerptraject bouwteam

datum: 29-1-2020

van: A

Minderwerk binnen de scope

1. Optimalisatie staalwerk (in SCIA model minder staal dan in offerte).

Meerwerk binnen de scope

2. Horizontale omlijsting liftschachten in metaal ontbreken nog in de offerte van F. Voor 4 liftschachten raming ca. 25K.

3. Uit raakvlakoverleg 11 december 2019: Alle stalen delen van de over kapping dienen elektrisch met elkaar verbonden te worden i.v.m. de aarding van de constructie. Dit betekent verbinding door lassen, litzes of bout/moerverbindingen op stukje blank staal. Geraamde meerkosten max. 5K

4. Qua esthetica / constructieve eisen van de verbinding zijn indicatieve plaatjes opgenomen in de offerte. Hogere eisen aan de esthetica kan leiden tot meerwerk. E.e.a. als besproken in het overleg te Z voorafgaand aan onze offerte. VTW onderhoudbaarheid dak (ref. mail 15.01.2020)

5. Minderwerk looproosters + veiligheidsvoorzieningen totaal -25K.

6. Meerwerk 4 onderhoudswagens + bijkomende voorzieningen 50-75K

??? N.t.b.

Niet in onze offerte opgenomen/gecalculeerd:

7. Aanvullende eisen uit OVS000030-6 die verder gaan dan systeemeis NEN1090 EXC2 t.a.v. materiaal en laswerk, conform onderzoek I. Toelichting mogelijk issue: wij hebben nu gecalculeerd met het ‘breken’ van scherpteranden en een conserveringssysteem overeenkomstig het beschreven systeem conform SPC000240. Dit is een goede methodiek maar er is een risico dat er iemand van C R=2 mm gaat eisen. R=2 mm eis leidt per saldo tot ca 50K aan meerkosten t.o.v. alleen het ‘breken’ in de fabriek van scherpte randen staal.”.

i. Op 14 februari 2020 is een overeenkomst van onderaanneming, gedateerd 13 februari 2020, door A getekend en op 18 februari 2020 is deze overeenkomst door B getekend. In artikel 5 sub a is bepaald dat de verrekenbare aanneemsom voor het werk € 1.693.400,00 exclusief btw bedraagt.

j. Op de overeenkomst zijn de Algemene Voorwaarden van B van toepassing. Uit artikel 22 sub 2 van de Algemene Voorwaarden volgt dat de UAV-GC 2005 eveneens van toepassing zijn.

k. In bijlage 3 bij de overeenkomst is onder meer bepaald:

l. Na ondertekening van de overeenkomst hebben partijen nog ontwerpoverleggen gevoerd, in het bijzijn van C en de architect.

m. Per e-mail van 18 juli 2021 heeft A in navolging van eerdere in april 2021 aan B verstrekte berekeningen, een herberekening van de delta verstrekt, berekend uit het verschil tussen de kosten op basis van een gereed UO en de kosten op basis van een DO-min (ontwerp niet gereed), sluitend op een bedrag van € 423.421,00 exclusief btw.

n. Bij brief van 9 augustus 2021 heeft B bericht - kort gezegd - dat zij enkel akkoord gaat met een vergoeding voor benoemde risico's in de afsprakenlijst (bij afspraak 25), dat zij voor die onderdelen een nadere onderbouwing wenst en dat zij de aanspraak van A voor het overige afwijst.

o. Bij brief van 3 september 2021 heeft A op voormelde brief gereageerd.

p. In de periode van 21 januari 2021 tot en met 5 november 2021 hebben partijen gecorrespondeerd en is A in gebreke gesteld voor vertraging in het werk en aansprakelijk gesteld voor de gevolgen daarvan. B heeft aangekondigd dat zij openstaande facturen van A zal verrekenen met de aan haar (B) toekomende schadevergoeding en minderwerkvergoeding voor het staal.

het geschil**standpunt en vorderingen A**

8. A stelt dat B de onderaannemingsovereenkomst, waaronder de gevorderde bedragen voor de delta en voor de VTW's, niet nakomt. Volgens A houden de volgende drie geschilpunten partijen verdeeld:

- a. Bepaling van de delta
- b. Verzoeken tot wijziging (VTW's)
- c. Ten onrechte geclaimde schadevergoeding.

9. Ten aanzien van geschilpunt a stelt A dat haar open begroting Uitvoeringswerkzaamheden (die overeenkomt met de aanneemsom conform bijlage 4) is gebaseerd op de kennis en de beschikbare informatie van het (niet voltooide) DO zoals aan A is verstrekt in de uitvraag van 17 juli 2019. Cruciaal voor het DO is dat de vervormingseis van de PV-panelen nog moest worden bepaald in relatie tot de stijfheid van de staalconstructie. B en E (tot 19 december 2019 werkzaam als constructeur van B) gingen ervan uit dat het DO voor 90% gereed was. Echter de vervormingseis van de panelen bleek in de stijfheidsberekening van de staalconstructie dominant te zijn, hetgeen resulteerde in een significant zwaardere dimensionering van vooral de knooppunten van de constructie. In de bouw-teamperiode voorafgaand aan het tekenen van de overeenkomst waren die constructieve consequenties nog niet in beeld. Om die reden zijn in bijlage 3 bij de overeenkomst clausules 25, 26 en 27 over het berekenen van de verschillen (delta) tussen het DO en het UO opgenomen. A bestrijdt onder verwijzing naar haar e-mail van 29 januari 2020 dat de opsomming van te verrekenen onderdelen limitatief is.

10. Na de ondertekening van de overeenkomst hebben nog nadere ontwerpoverleggen plaatsgevonden en heeft A diverse fouten in het ontwerp van B moeten corrigeren, wat heeft geresulteerd in ontwerp wijzigingen die significante kosten met zich hebben gebracht en die veel tijd hebben gevegd. De extra rekenkosten van A heeft B wel vergoed, maar dit geschil ziet op de kosten voor het realiseren van de noodzakelijke ontwerp wijzigingen en constructieve aanpassingen om te kunnen voldoen aan de vervormingseisen van de PV-panelen.

11. Op grond van de in de onderaannemingsovereenkomst opgenomen afspraken maakt A aanspraak op vergoeding van 65% van het bedrag van de delta, dat A heeft bepaald op € 423.421,00 exclusief btw. Ter zake geschilpunt a vordert A aldus 65% van € 423.421,00 = € 275.223,65 exclusief btw ofwel € 333.020,61 inclusief btw.

12. Ten aanzien van geschilpunt b vordert A betaling van enkele VTW's (VTW-01:

wijziging voor onderhoudswagen: post vervallen vluchttrappen, VTW-03: wijziging hemelwaterafvoeren, VTW-05.1: wijzigingen in uitwerking technisch ontwerp - Engineering II, VTW-12: wijzigingen in aantal dragende kroontjes op de liftschachten, VTW-13: wijzigingen met horizontale opleggingen liftschachten, VTW-17: wijzigingen liftbeglazingsconstructie met horizontale ringen en klemlijsten en VTW-18: wijziging daken liftschachten van glas naar staal conform het ontwerpverslag van 10 juni 2020, blad 6 onder het punt "dak van de liftkoker"), in totaal een bedrag van € 61.492,00 exclusief btw ofwel € 74.405,32 inclusief btw. Daarbij merkt A op dat honorering van VTW-12, 17 en 18 voor een totaalbedrag van € 49.370,00 exclusief btw ofwel € 59.737,70 inclusief btw tot een reductie op de verrekening van de delta leidt, groot $0,65 \times € 49.370,00 = € 32.090,50$ exclusief btw ofwel € 38.829,51 inclusief btw.

13. Ten aanzien van geschilpunt c stelt A, kort gezegd, dat geen sprake is van aan haar toerekenbare vertraging en dat B aldus ten onrechte aanspraak maakt op een (verrekenbare) vergoeding. A maakt aanspraak op betaling van € 120.796,13 aan niet betaalde facturen.

14. A concludeert, na wijziging van eis:

het uw Raad van Arbitrage voor de Bouw behage om bij scheidsrechterlijk vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, B te veroordelen om aan A te betalen:

- a. het bedrag van € 468.484,76, althans € 489.392,60, ter zake van bovengenoemde gronden verschuldigd, te vermeerderen met de wettelijke rente conform artikel 6:119a BW, althans artikel 6:119 BW, over de respectievelijke bedragen vanaf de vervaldatum, althans vanaf 28 oktober 2021, althans vanaf de dag waarop de memorie van eis aanhangig is gemaakt, tot de dag der algehele voldoening;
- b. het bedrag van de buitengerechtelijke incassokosten ten bedrage van € 4.117,42, althans € 4.221,96, althans een ex aequo et bono te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente indien dit bedrag niet binnen de bij betekening door de deurwaarder aangegeven termijn is voldaan;
- c. de kosten van deze procedure, waaronder mede begrepen het salaris van de gemachtigde, te voldoen binnen de door de deurwaarder bij betekening aangegeven termijn en - voor het geval betaling binnen deze termijn niet plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf de genoemde termijn voor voldoening tot de dag der algehele voldoening."

standpunt en conclusie B

15. B stelt dat A voor het uitwerken van het (DO-min) naar een volwaardig definitief ontwerp

(DO) en uitvoeringsontwerp (UO) en het vervolgens verrichten van de uitvoeringswerkzaamheden (scope) een aanbieder heeft gedaan, die B heeft aanvaard. Partijen hebben een Design & Build overeenkomst (D&B-overeenkomst) gesloten, met een vaste aanneemsom (met slechts een uitzondering voor twee verrekenbare componenten). A heeft naast de aanneemsom in principe geen recht op bijbetalingen zolang de scope niet door B wordt uitgebreid.

16. Omdat partijen voor het sluiten van de overeenkomst een meevaller verwachten ten aanzien van de hoeveelheid kilo's staal in het project, hebben zij de term verrekenbare aanneemsom gebruikt. Het aantal kilo's zou worden verrekend nadat het UO was vastgesteld en deze afspraak wordt in de stukken aangeduid als bepaling van de delta. Met de delta heeft B nimmer beoogd om alle werkzaamheden van A verrekenbaar te maken. Het startpunt van A komt er feitelijk op neer dat partijen een regieovereenkomst zijn overeengekomen, waarmee alle risico's bij B komen te liggen. Partijen hebben uitvoerig onderhandeld over de onderaannemingsovereenkomst (D&B) en een (limitatieve lijst aan) te verrekenen kosten. Volgens B was sprake van een vaste aanneemsom met twee verrekenbare componenten: (1) de hoeveelheid kilo's staal en (2) de limitatieve lijst met overige meer- en minderwerkopties die van tevoren waren geduid. Deze afspraken zijn gemaakt naar aanleiding van de in de "bouwteamoverleggen" geïdentificeerde risico's en optimalisaties en de onderhandelingen die partijen voorafgaand aan de aannemingsovereenkomst hebben gevoerd, aldus nog steeds B. Na ondertekening van de overeenkomst was de bouwteamfase afgerond en partijen hebben nooit de intentie gehad om vanaf het DO in een bouwteam tot een UO te komen. De overleggen die na het sluiten van de overeenkomst hebben plaatsgevonden, waren niet meer dan overleggen over de status van het project en hadden tevens als doel om zo snel en accuraat mogelijk het ontwerp af te kunnen stemmen.

17. Ten aanzien van de door A gevorderde bedragen voor VTW's stelt B dat deze, voor zover B de VTW's bij gebreke van een deugdelijke onderbouwing en toelichting van A kan beoordelen, betrekking hebben op werkzaamheden binnen de scope.

18. Ten aanzien van de door A gevorderde betaling van openstaande facturen beroept B zich op verrekening met een schadevergoeding wegens vertraging in het werk en wegens minderwerk voor minder kilo's staal.

19. B concludeert:
"MET CONCLUSIE

Dat het scheidsgerecht van de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen moge behage bij arbitraal vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, A nietontvankelijk te verklaren in haar eisen, althans haar deze te ontzeggen als ongegrond en onbewezen, met veroordeling van A in de kosten van deze procedure, onder bepaling dat (a) de volledige proceskosten (daaronder begrepen de kosten van rechtsbijstand) voldaan dienen te worden binnen veertien dagen na dagtekening van het in deze te wijzen vonnis, en (b) voor het geval voldoening binnen deze termijn niet plaatsvindt de proceskosten dienen te worden vermeerderd met de wettelijke rente, te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening."

de beoordeling van het geschil inleidende overwegingen

20. B heeft verzocht om eerst uitspraak te doen over de vraag of de D&B-overeenkomst die partijen op 13 februari 2020 hebben gesloten een regiecontract is op basis waarvan A in beginsel de delta in rekening zou mogen brengen zoals zij volgens B in deze procedure beoogt (met een totale verrekening van alle onderdelen van het project) of dat sprake is van een D&B-overeenkomst met een vaste prijs en waarvan alleen het component staal en een limitatief aantal meerwerkposten verrekenbaar waren. Op verzoek van B en met instemming van A heeft een regiezitting plaatsgevonden. Bij brief van de RvA van 19 september 2022 zijn de tijdens die zitting gemaakte afspraken bevestigd, welke luiden:

"In bovenvermeld geschil bevestig ik de tijdens de regiezitting van vandaag met u gemaakte afspraken. A krijgt de gelegenheid om binnen vier weken na vandaag een akte in te dienen (uiterlijk op 17 oktober a.s.), waarin alleen ingegaan wordt op de kwalificatie van de aannemingsovereenkomst en de omvang van de daarin genoemde delta. Bij deze akte zal worden gevoegd de hoofdovereenkomst tussen B en C, waarnaar in de overeenkomst van onderaanneming wordt verwezen. Ook zal A bij deze akte een procesvolmacht overleggen. Vervolgens krijgt B de gelegenheid om op deze akte te reageren, waarvoor eveneens een termijn van vier weken wordt gegeven (tot en met uiterlijk 14 november a.s.). Daarna zal de mondelinge behandeling plaatsvinden die ook alleen betrekking zal hebben op de uitleg van de overeenkomst. Ik verzoek u hiervoor uiterlijk op 7 oktober a.s. de uw verhinderdata van degenen die de zitting zullen bijwonen op te geven voor de periode december a.s. en januari 2023. (...)"

21. Overeenkomstig de tijdens de regiezitting gemaakte afspraken zullen arbiters in dit vonnis een oordeel geven over de kwalificatie en de uitleg van de overeenkomst, meer specifiek over de in bijlage 3 vermelde afspraken 25, 26 en 27. De berekening van de delta is (nog) niet aan de orde. Mede gezien de door partijen naar aanleiding van de regiezitting ingenomen standpunten vatten

arbiters deze opdracht ruim op. Arbiters zullen de algemene kaders schetsen over de UAV-GC 2005 in het algemeen (prijs/ontwerpverantwoordelijkheid) en beoordelen wat de gevolgen daarvan zijn voor de overeenkomst in casu, inclusief voormelde afspraken.

22. Alvorens arbiters daaraan toekomen, bespreken zij eerst het formele verweer van B dat A in haar akte heeft verzuimd in te gaan op de kwalificatie van de aannemingsovereenkomst en de omvang (te weten: wat valt er wel en niet onder) van de daarin genoemde delta. A is enkel ingegaan op de berekening van de delta, terwijl dit geen onderdeel was van de opdracht van het scheidsgerecht. Volgens B heeft A daarmee in ieder geval haar rechten verspeeld om ten behoeve van de mondelinge behandeling haar standpunt uiteen te zetten. B concludeert primair dat aan A in het kader van de eisen van een goede procesorde een akte van niet-dienen moet worden verleend en subsidiair dat de akte van A zonder waarde dient te blijven omdat daarin de instructies van het scheidsgerecht niet zijn gevolgd.

23. A betwist de stellingen van B. Volgens A is zij wel degelijk ingegaan op de kwalificatie van de overeenkomst en zij betwist dat sprake is van een niet-dienen waartoe akte verleend zou kunnen worden.

24. Arbiters verwerpen het formele verweer van B. A heeft een akte genomen, zodat een akte van niet-dienen niet aan de orde is. Verder staat het A vrij haar standpunt tijdens de mondelinge behandeling nader toe te lichten, binnen de grenzen die een goede procesorde stelt. Arbiters hebben niet vastgesteld dat A deze grenzen met haar betoog tijdens de mondelinge behandeling heeft overschreden.

Kwalificatie van de overeenkomst

25. A stelt zich op het standpunt dat sprake is van een onderaannemingsovereenkomst, waarop de UAV-GC 2005 van toepassing zijn. In deze overeenkomst, die op zichzelf helder is, zijn specifieke afspraken opgenomen ten aanzien van de delta, aldus A.

26. B stelt zich op het standpunt dat partijen een D&B-overeenkomst hebben gesloten, met een vaste aanneemsom met twee verrekenbare componenten (hoeveelheid kilo's staal en de limitatieve lijst met overige meer- en minderwerkopties die van tevoren waren geduid). Volgens B beoogt A de overeenkomst (achteraf) uit te leggen als regiecontract, dat wil zeggen een overeenkomst waarbij geen vaste prijs wordt overeengekomen en afgerekend zal kunnen worden op basis van de werkelijk gemaakte kosten van uitvoering van het werk, met toeslagen voor winst en algemene kosten.

27. Anders dan B betoogt, stelt A niet dat sprake is van een regiecontract. Wel betwist A dat sprake is van een D&B-overeenkomst, althans zij betwist dat aan de gesloten overeenkomst de gevolgen verbonden dienen te worden die B daaraan verbindt. Omdat gaandeweg duidelijk werd dat essentiële zaken in het van B afkomstige DO onvoldoende bepaald waren, de constructeur van B van het werk was gehaald en B onder druk stond van haar opdrachtgever om voortgang in de bouw te houden, zijn in de overeenkomst specifieke afspraken opgenomen over de delta. Dat is volgens A wat anders dan afrekening in regie.

28. Ten aanzien van de kwalificatie van de overeenkomst stellen arbiters vast dat partijen niet van mening verschillen over het feit dat sprake is van een onderaannemingsovereenkomst, waarop de UAV-GC 2005 van toepassing zijn verklaard.

29. Het uitgangspunt van de UAV-GC 2005 is, naar het oordeel van arbiters, dat de opdrachtnemer zowel ontwerp- als uitvoeringswerkzaamheden verricht. De concrete omvang van die werkzaamheden is in de UAV-GC 2005 niet bepaald. De omvang van de aan de opdrachtnemer op te dragen ontwerpwerkzaamheden kan variëren. Dit wordt bepaald door hetgeen door de opdrachtgever als beginpunt van de door de opdrachtnemer te verrichten ontwerpwerkzaamheden aan deze is aangegeven. De opdrachtgever kan daarbij volstaan met een programma van eisen, maar hij kan ook een voorlopig ontwerp (VO), of een DO aanleveren; varianten op deze ontwerpbeginpunten zijn uiteraard ook mogelijk. Het aanleveren van een DO is in het onderhavige geval gebeurd, (DO min genoemd door partijen). Het DO is de basis voor een opdrachtnemer om een aanbieding te doen. De opdrachtgever is voor de informatie die het DO bevat verantwoordelijk, zoals onder andere bepaald is in paragraaf 3 lid 2 UAVGC 2005. Onvolkomenheden in de informatie door de opdrachtgever verstrekt, kunnen van invloed zijn op de inhoud van de verplichtingen van de opdrachtnemer. Daarnaast is van belang, dat dienaangaande onder omstandigheden op de opdrachtnemer een waarschuwingplicht rust, zie daartoe het bepaalde in paragraaf 4 lid 7 UAV-GC 2005, alsmede het bepaalde in paragraaf 4 lid 8 UAVGC 2005 betreffende het eventuele niet nakomen van die plicht.

30. De UAV-GC 2005 zijn de juridische verwoording van wat partijen een D&B-overeenkomst noemen. De overeenkomst tussen partijen voldoet aan die kwalificatie. Immers, niet alleen zijn de UAV-GC 2005 van toepassing verklaard, maar er is ook daadwerkelijk aan A opgedragen dat zij moet ontwerpen (design) en uitvoeren (build).

31. Een UAV-GC 2005 contract houdt niet in dat alle ontwerpverantwoordelijkheid overgaat naar de opdrachtnemer; de omvang van de verantwoordelijkheid voor het ontwerp correspondeert in beginsel met de omvang van de opgedragen ontwerpwerkzaamheden. Deze verantwoordelijkheid strekt zich in beginsel dan ook niet uit over ontwerpwerkzaamheden, die niet zijn opgedragen aan de opdrachtnemer. Dat betekent, dat in een geval als het onderhavige waarin de opdrachtnemer 'voort ontwerpt' op een ontwerp dat hem ter beschikking is gesteld door de opdrachtgever de verantwoordelijkheid voor de ontwerpwerkzaamheden als volgt is: de opdrachtgever is verantwoordelijk voor dat deel van het ontwerp dat hij ter beschikking stelt aan de opdrachtnemer, met inachtneming van hetgeen is opgemerkt uit hoofde van de paragraaf 4 UAV-GC 2005; de opdrachtnemer is verantwoordelijk voor de ontwerpwerkzaamheden die hij aan het hem ter beschikking gestelde ontwerp verricht. Van gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het ontwerp is derhalve geen sprake en in beginsel is er evenmin verantwoordelijkheid van de ene of de andere partij voor het volledige ontwerp. Het is mogelijk om tot - van wat voortvloeit uit de toepasselijkheid van de UAV-GC 2005 - afwijkende afspraken te komen inzake de verantwoordelijkheid voor het ontwerp waarmee dit niet langer correspondeert met de verrichte werkzaamheden, maar daarvan is in het onderhavige geval geen sprake.

32. Wat betreft de aard van het bedrag dat de opdrachtgever bij het aangaan van de overeenkomst verklaart te betalen aan de opdrachtnemer overweegt het scheidsgerecht als volgt. Arbiters hebben te oordelen over juridische vragen. Die vragen betreffen in casu een overeenkomst beheerst door de UAV-GC 2005. Dat dit type overeenkomst in de wandelgangen vaak wordt aangeduid met Design and Build en dat in de theorie rond dit soort modellen mogelijk gesproken wordt van een 'vaste prijs' is voor de beoordeling van het geschil feitelijk niet van belang. Het gaat erom wat partijen in hun relatie juridisch hebben afgesproken.

33. Het bedrag dat bij het aangaan van de overeenkomst is afgesproken, maakt onderdeel uit van afspraken omtrent hetgeen de opdrachtgever uiteindelijk zal betalen aan de opdrachtnemer. Die afspraken maken deel uit van de UAV-GC 2005, waarin immers voorzien is in verschillende mogelijkheden die bij toepassing leiden tot een ander bedrag dan oorspronkelijk is overeengekomen. In aanvulling op die afspraken kunnen nog andere afspraken gemaakt worden betreffende het door de opdrachtgever uiteindelijk verschuldigde bedrag. De UAV-GC 2005 bevat geen bepaling die in de weg staat aan het maken van aanvullende afspraken, die deze mogelijkheden aanvullen. De vraag hoe 'vast' het oorspronkelijk overeengekomen door de opdrachtgever verschuldigde bedrag

is, is aldus afhankelijk van de van toepassing zijnde voorwaarden in de UAV-GC 2005 alsmede van de aanvullende afspraken.

34. Kortom ook bij een door de UAV-GC 2005 beheerste overeenkomst met een zogeheten vaste prijs kan de prijs minder vast blijken te zijn mede vanwege gemaakte aanvullende afspraken over verrekenbare onderdelen van het werk, zoals partijen in het onderhavige geval ook hebben gedaan in bijlage 3 bij de overeenkomst. De kern van het geschil gaat over de betekenis van deze afspraken, in bijzonder over de afspraken 25 en 27, waarbij het gaat om de tekst van de individuele bepalingen enerzijds alsmede de samenhang van beide.

Uitleg afspraken

35. Uitgangspunt is dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld, niet kan worden beantwoord op grond van uitsluitend een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Bij de uitleg van een dergelijk geschrift zijn telkens van beslissende betekenis alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Verder is in praktisch opzicht vaak van groot belang de taalkundige betekenis van de bewoordingen van het geschrift, gelezen in de context ervan als geheel, die deze in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben. Ook komt bij de uitleg betekenis toe aan de aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van de contractsbevestiging, de wijze van totstandkoming ervan - waarbij van belang is of partijen werden bijgestaan door (juridisch) deskundige raadslieden - en de overige bepalingen ervan.

36. Verder geldt bij de uitleg als algemeen rechtsbeginsel dat een onduidelijke bepaling in een overeenkomst uitgelegd moet worden in het nadeel van degene die de overeenkomst heeft opgesteld (in dit geval B).

37. Partijen zijn het erover eens dat de delta het verschil is tussen het DO min en het UO, maar volgens B ziet de delta enkel op staalhoeveelheden en is daarnaast het te verrekenen meer- en minderwerk limitatief bepaald. Volgens A betreft de delta het verschil tussen het volledige UO en het DO min en is de opsomming van het te verrekenen meer- en minderwerk niet limitatief.

38. Arbiters stellen op grond daarvan vast dat de afsprakenlijst waarover partijen

van mening verschillen in hoofdzaak wordt gevormd door de afspraken 25 en 27. Afspraak 26 ziet op onder- of overschrijding van hoeveelheden of verdeling per hoeveelheid en is in zoverre niet relevant. Afspraak 25 gaat over de bepaling van de “opdrachtwaarde”. In deze bepaling wordt een opsomming gegeven van het van de “opdrachtwaarde” deel uitmakende meer- en minderwerk, opgegeven door A bij haar e-mail van 29 januari 2020 en waarop door B per email van 3 februari 2020 is gereageerd met de mededeling dat het meer- en minderwerk is geaccordeerd. Daarmee is de betekenis van deze afspraak gegeven: de aldaar genoemde meerwerken zijn geaccordeerd door B. Op het al dan niet limitatieve karakter van deze afspraak wordt hieronder in rechtsoverweging 40 ingegaan.

39. In aanvulling op afspraak 25, betreffende het meer- en minderwerk, hebben partijen evenwel afspraak 27 gemaakt over het vaststellen van de optimalisatie van de aanbidding tegenover het UO. Volgens de letterlijke tekst van de afspraak wordt de uiteindelijke delta bepaald zodra het UO gereed is en vindt verrekening plaats door middel van vaststelling van de delta tussen de opdrachtsom (onderbouwd met een open begroting) en open begroting van het UO. Daarbij is vermeld dat de verwachting is dat door optimalisatie in de staaldimensionering deze positief uitvalt.

40. Naar het oordeel van arbiters betekenen de tekst en samenhang van deze bepalingen dat partijen met deze bepalingen twee delen van het prijssysteem hebben geregeld: het meer- en minderwerk (opgesomd in afspraak 25) en de delta (afspraak 27). Met de toevoeging van afspraak 27 hebben partijen van de mogelijkheid gebruik gemaakt om de prijs flexibel te maken, met inachtneming van het gegeven kader van het vertrekpunt van de offerte tot en met het UO. De verrekening is dus niet beperkt tot de in afspraak 25 opgesomde meer- en minderwerken en/of de hoeveelheid staal. De enkele toevoeging in afspraak 27 dat de verwachting is dat de delta door optimalisatie in de staaldimensionering positief uitvalt, betekent, anders dan door B betoogd is, niet dat de delta dus beperkt was tot een afwijking van staalhoeveelheden.

41. A heeft haar offerte gebaseerd op de uitvraag. Daarin is sprake van een door B verstrekt DO. Volgens de demarcatielijst was B ook verantwoordelijk voor de hoofdberekening van de staalconstructie. Het DO bleek niet voldoende uitgewerkt (en is om die reden aangeduid als DO min) en ook een uitgewerkte hoofdberekening ontbrak, waarna partijen overeengekomen zijn dat A het DO min verder zou uitwerken tot DO en vervolgens tot UO. De door A geoffreerde opdrachtsom was echter gebaseerd op het DO min. Het feit dat B tot drie keer toe aanvullende engineersopdrachten

heeft verstrekt, sterkt arbiters in hun oordeel dat het uitwerken van het DO min - en de daaruit volgende (constructieve) wijzigingen in de uitvoering - niet tot de scope van het aangenomen werk behoorden.

42. B wijst erop dat in de offerte van A van 19 november 2019 staat dat het rekenen tekenwerk in de offerte is opgenomen en dat A ervan uitgaat dat de perronoverkapping door haar tot een DO wordt uitgewerkt en vervolgens tot een UO. In diezelfde offerte staat echter ook dat de prijzen voor zowel de staalconstructie als de zonnepanelen zijn gebaseerd op voorlopige tekeningen en uitgangspunten en dat A ervan uitgaat dat de prijsstelling ten gevolge van eventuele wijzigingen in het ontwerp zal worden herzien. Daaraan voorafgaand heeft A op 30 augustus 2019 aan B onder meer gevraagd of de prijs kan worden aangepast, waarop B bevestigend heeft geantwoord. Vast staat ook dat na ondertekening van de onderaannemingsovereenkomst nog overleggen over het ontwerp hebben plaatsgevonden en het ontwerp op dat moment nog niet volledig uitgewerkt was. Naar het oordeel van arbiters is overigens niet het hele ontwerptraject gewerkt in bouwteam, maar is na afronding van het DO overgegaan naar een regulier bouwtoetsingsoverleg.

43. B verwijst naar het verslag van het eerste bouwteamoverleg van 29 oktober 2019, waarin staat dat uit het verder brengen van de berekening naar het niveau van een definitieve ontwerpberekening mogelijk nog een optimalisatie/materiaalbesparing van het staalwerk volgt en dat B aangeeft dat het de bedoeling is dat beide partijen daarvan profiteren en een verdeelsleutel afspreken. Ook wijst B op het verslag van het tweede bouwteamoverleg waarin staat dat B verwacht dat er nog een aanzienlijke besparing mogelijk is qua optimalisatie gewichtsbesparing staalconstructie en dat er een verdeelsleutel in euro's wordt overeengekomen tussen partijen. A heeft tijdens de bouwteamfase al opgemerkt dat niet enkel hoeveelheden bepalend zijn voor de prijs. Uit haar e-mail van 29 januari 2020 blijkt dat de verrekening die A voor ogen stond niet beperkt was tot verrekening van staalhoeveelheden. In die e-mail staat immers dat in haar perceptie tenminste verrekenbaar is wat er nog aan het ontwerp wijzigt ten opzichte van de offerte, afhankelijk van te maken ontwerpkeuzes en dat zij daarvoor de belangrijkste punten in het bijgevoegde lijstje heeft gezet. B heeft de bij die e-mail gevoegde opstelling van meer- en minderwerk geaccordeerd per e-mail van 3 februari 2020.

44. Gezien de totstandkomingsgeschiedenis van de afspraken, en in het bijzonder gelet op de e-mail van A van 29 januari 2020 en de reactie van B daarop per e-mail van 3 februari 2020, heeft B onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld op grond waarvan het voor A duidelijk

moest zijn dat, anders dan A in haar e-mail beoogde, de delta enkel op staalhoeveelheden zou zien. De stelling van B dat het niet voor de hand lag dat zij akkoord zou gaan met een ongelimiteerde verrekenbevoegdheid nu zij zelf in relatie tot C een dergelijke bevoegdheid niet had, is daartoe in het zicht van de totstandkomingsgeschiedenis onvoldoende.

45. Ten overvloede merkt het scheidsgerecht op dat de afspraken zijn geformuleerd door B. Dit betekent dat op grond van de algemeen aanvaarde contra proferentem uitlegregel, een onduidelijke bepaling uitgelegd kan worden in het nadeel van de partij die deze formuleerde. Was het de bedoeling geweest om in de betreffende afspraken tot uitdrukking te brengen hetgeen thans door B wordt betoogd, dan had het op haar weg gelegen zulks zo onder woorden te brengen dat daar geen andere betekenis aan toegekend kan worden dan zij in deze procedure verdedigt. Nu zij dat niet heeft gedaan, komt het risico van de onduidelijkheid van de afspraken voor rekening van B.

46. B heeft aangeboden G en H als getuigen te horen. Volgens B kunnen zij verklaren over de onderhandelingen die destijds hebben plaatsgevonden met betrekking tot de D&B-overeenkomst. Volgens B kunnen de verklaringen van deze personen haar zienswijze dat sprake is van een D&B-overeenkomst met een vaste prijs waarbij alleen de component staal verrekenbaar is, ondersteunen.

47. Arbiters passeren dit aanbod. B heeft al een schriftelijke verklaring van de aangedragen getuigen in het geding gebracht. Zoals overwogen, heeft B onvoldoende gesteld dat A redelijkerwijze heeft moeten begrijpen dat het voor A duidelijk was dat enkel de staalhoeveelheden en de in bijlage 3 vermelde meer en minderwerk verrekenbaar waren. Om die reden komen arbiters niet toe aan het opdragen van nader bewijs.

48. Alles bijeen volgen arbiters de uitleg van prijs. A dat partijen in bijlage 3 een flexibele prijs zijn overeengekomen, in de vorm van een nader te bepalen delta die het verschil tussen de open begroting van het DO min en de open begroting van het UO betreft. Dit stond partijen vrij en daarmee is het D&B-karakter van de overeenkomst niet gedenatureerd. De essentie is immers dat de opdrachtnemer twee activiteiten (ontwerp- en uitvoeringswerkzaamheden) verricht in plaats van één (uitvoeringswerkzaamheden). Alleen is de prijsconsequentie door partijen ontweken. Deze wijze van prijsvorming is niet hetzelfde als een regioovereenkomst, omdat daarbij wordt afgerekend op basis van werkelijk verwerkte hoeveelheden, die bepaald worden na afloop van de uitvoering. Dat is wat anders dan wat partijen in casu zijn overeengekomen.

49. Arbiters zullen tussentijds hoger beroep openstellen van dit vonnis, nu zij in dit vonnis een oordeel hebben gegeven over een controversiële rechtsvraag die doorwerkt in de verdere behandeling van de zaak en nu beide partijen desgevraagd daarom hebben verzocht.

50. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden gedurende de appeltermijn van drie maanden. Partijen wordt verzocht na afloop van die termijn het scheidsgerecht te informeren of tussentijds appel is ingesteld. In dat geval zal de zaak op de parkeerrol worden gezet in afwachting van de appelprocedure. In het geval partijen geen tussentijds appel tegen dit tussenvonnissen instellen, zal de procedure worden voortgezet over de berekening van de delta en de overige tussen partijen aan de orde zijnde geschilpunten. A zal dan in de gelegenheid worden gesteld tot het indienen van een memorie van repliek. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

UAV-GC, Ontwerpverantwoordelijkheid, Risicoverdeling, Filosofie

1. De aanduiding 'Filosofie UAV-GC 2005' is dermate relevant, dat ze een plaats heeft gekregen in het trefwoordenregister van de uitgave *Tekst & Commentaar Bouwrecht*. In de hier te bespreken uitspraak nemen arbiters de gelegenheid te baat die filosofie uitgebreid uit te doen.

2. De filosofie achter het model van geïntegreerde contracten waarop de UAV-GC 2005 van toepassing zijn, wordt besproken in verschillende publicaties.² Uitgangspunten die tot die filosofie behoren zijn inmiddels in diverse uitspraken bevestigd. Die bevestiging is relevant, bijvoorbeeld waar opdrachtgevers nogal eens in de veronderstelling verkeren dat aannemers in geval van toepasselijkheid van de UAV-GC alle ontwerpverantwoordelijkheid dragen. Die suggestie, zo oordeelde de Raad van Arbitrage al enkele malen, geldt in het algemeen als onjuist.³ Uiteraard is dat slechts één aspect. In de hier te bespreken uitspraak worden dit

² Waaronder: *Tekst & Commentaar Bouwrecht*, Deventer 2022, inleidende opmerkingen bij de UAV-GC 2005, aantekening 5 en 6; Ook: R.G.T. Bleeker, W.J.M. Herber en B. van der Zijpp, *UAV-GC 2005. Over problemen bij het werken met geïntegreerde contracten*, 's-Gravenhage 2016 en M.A.B. Chao-Duivis en A.Z.R. Koning, *Praktische toelichting op de UAV-GC 2005*, 's-Gravenhage 2015.

³ Vgl. Bleeker, Herber en Van der Zijpp, a.w., p. 3 en ook: RvA 16 februari 2018, No. 35.734, TBR 2018/109, m.nt. G.L. Weerheim en J.M. Henriquez., ro. 112 en RvA, 20 juli 2018, No. 72.109, ro. 75.

aspect samen met andere tot die filosofie behorende uitgangspunten nog eens duidelijk op een rij gezet.⁴

Waar ging het in deze zaak om?

3. Het werk waarop deze uitspraak betrekking heeft, betreft de realisatie van onder meer een perronkap op een NS-station. Die perronkap bestaat uit een staalconstructie waarop zonnepanelen moeten worden bevestigd die het gehele station van elektriciteit moeten voorzien. De discussie doet zich voor tussen hoofdaannemer en onderaannemer. De hoofdaannemer (in de uitspraak B) is verantwoordelijk voor het aanleveren van het DO. Onderaannemer (in de uitspraak A) is verantwoordelijk voor het uitwerken van dit DO in een UO.

4. A maakt onderdeel uit van het bouwteam voor het ontwerp van de perronkappen. In de bouwteamfase heeft de ontwerpberekening nog niet het niveau van een afgeronde definitieve hoofdberekening. In de uitspraak lezen we dat in het DO de vervormingseis van de PV-panelen nog moet worden bepaald in relatie tot de stijfheid van de staalconstructie. Die vervormingseis blijkt in de stijfheidsberekening van de staalconstructie dominant te zijn, hetgeen resulteert in een significant zwaardere dimensionering van vooral de knooppunten van de constructie. In de bouw-teamperiode voorafgaand aan het tekenen van de overeenkomst waren die constructieve consequenties nog niet in beeld. Kortom, het DO bleek niet voldoende uitgewerkt (en is daarom aangeduid als DO min), waarna partijen zijn overeengekomen dat A het DO-min verder zou uitwerken tot DO en vervolgens tot UO en zijn in bijlage 3 bij de overeenkomst een aantal clausules opgenomen, waaronder die over het berekenen van de verschillen (delta) tussen het DO-min en het UO. Daarbij is van belang dat de door A geoffreerde opdrachtsom was gebaseerd op het DO-min.

5. Na het sluiten van de aannemingsovereenkomst verstrekt A een herberekening van de delta: dat wil zeggen, een berekening van het verschil tussen de kosten op basis van een gereed UO en de kosten op basis van het DO-min. Die berekening vertaalt zich in een bedrag van € 423.421,00 exclusief btw, waarvan A 65% vergoed wil zien. B wijst, kort en goed, deze claim van A af.

6. Tussen partijen is niet in geschil dat de UAV-GC 2005 op de overeenkomst van toepassing zijn. Partijen verschillen evenwel van mening over het antwoord op de vraag wat daarvan de consequenties zijn. Zo stelt B zich op het standpunt dat partijen een D&B-overeenkomst hebben gesloten, met een vaste aanneemsom met slechts twee verrekenbare componenten (hoeveelheid kilo's staal en de

limitatieve lijst met overige meer- en minderwerkopties die van tevoren waren geduid). Daarbij zou A een aanbieding hebben gedaan voor het uitwerken van het niet voltooide DO (DO-min) naar een volwaardig DO en UO, wat zou betekenen dat A geen recht op bijbetalingen heeft zolang de scope van deze opdracht niet wijzigt. Volgens B zou A de overeenkomst zelfs uitleggen als regiecontract, waardoor ze ten onrechte wil afrekenen op basis van de werkelijk gemaakte kosten. A houdt vast aan haar aanspraak op het verschil tussen het volledige UO en het DO-min. Volgens A is de opsomming van het te verrekenen meer- en minderwerk juist niet limitatief. Het klopt dat A wil afrekenen op basis van de werkelijk gemaakte kosten, maar bestrijdt dat dit neerkomt op een regiecontract.

7. Op een regiezitting spreken partijen af dat het scheids-gerecht zich eerst zal buigen over de kwalificatie van de overeenkomst. Mede gezien de door partijen naar aanleiding van de regiezitting ingenomen standpunten vat het scheidsgerecht deze opdracht ruim op. Arbiters zullen de algemene kaders van de UAV-GC 2005 in het algemeen schetsen en beoordelen wat de gevolgen daarvan zijn voor de overeenkomst in kwestie, inclusief voormelde afspraken.

Puntsgewijs: filosofie van de UAV-GC

8. De uiteenzetting van arbiters in deze uitspraak over de uitgangspunten en kenmerken - of zo men wil: de filosofie - van een UAV-GC overeenkomst (ro. 29-31) kunnen we in de volgende punten opdelen:

- Het vertrekpunt van de UAV-GC 2005 is dat de opdrachtnemer zowel ontwerp- als uitvoeringswerkzaamheden verricht.
- De concrete omvang van die werkzaamheden is in de UAV-GC 2005 niet bepaald. De omvang van de aan de opdrachtnemer op te dragen ontwerpwerkzaamheden kan - overigens ook binnen één overeenkomst⁵ - variëren. Dat wil zeggen: die concrete omvang wordt bepaald door hetgeen door de opdrachtgever als beginpunt van de door de opdrachtnemer te verrichten ontwerpwerkzaamheden aan deze is aangegeven. De opdrachtgever kan daarbij volstaan met een programma van eisen, maar hij kan ook een voorlopig ontwerp (VO), of een definitief ontwerp (DO) aanleveren⁶.
- Een UAV-GC 2005 contract houdt niet in dat alle ontwerpverantwoordelijkheid overgaat naar de opdrachtnemer; de omvang van de verantwoordelijkheid voor het ontwerp correspondeert in beginsel met de omvang van de opgedragen ontwerpwerkzaamheden. In het geval waarin de opdrachtnemer 'voort ontwerpt' op een ontwerp dat hem ter beschikking is gesteld door de opdrachtgever dan is de opdrachtgever verantwoordelijk voor dat deel van het ontwerp dat hij ter beschikking stelt aan de opdrachtnemer en

4. Zie overigens in iets beknoptere maar wel vergelijkbare zin: Commissie van Aanbestedingsexperts, 28 juni 2019, advies nr. 500 (Wat wordt bedoeld met een 'geïntegreerd contract') ro. 5.2.2. en de in dit advies beschreven vergissing van OG in de NVI dat sprake is van een geïntegreerd contract: "Als je meerdere fasen van (bouw)project onderbrengt in een opdracht/contract". Wat overigens geen consequenties had, omdat inschrijvers moeten weten wat onder een geïntegreerd contract verstaan moet worden (ro. 5.2.4).

5. In de toelichting bij de UAV GC 2005 (uitgave CROW) bij artikel 5 van de Model Basisovereenkomst wordt deze mogelijkheid al expliciet genoemd. Zie tevens *Tekst & Commentaar Bouwrecht*, inleidende opmerkingen bij de UAV-GC 2005, aantekening 5. Ook: Chao-Duiwis en Koning, *a.w.*, p. 8.

6. Vgl. de keuzemogelijkheid in artikel 5 van de Model Basisovereenkomst.

is vervolgens de opdrachtnemer verantwoordelijk voor de ontwerpwerkzaamheden die hij aan het hem ter beschikking gestelde ontwerp verricht.

d. Van gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het ontwerp is derhalve geen sprake en in beginsel is er evenmin verantwoordelijkheid van de ene of de andere partij voor het volledige ontwerp.

e. Het 'in beginsel' uit sub c moet dan zien op het feit dat onder omstandigheden op de opdrachtnemer een waarschuwingsplicht rust overeenkomstig paragraaf 4 lid 7 UAV-GC 2005;

f. Onvolkomenheden in de informatie die door de opdrachtgever is verstrekt, kunnen van invloed zijn op de inhoud van de verplichtingen van de opdrachtnemer⁷.

9. Arbiters voegen hier nog aan toe dat van de UAV-GC 2005 afwijkende afspraken gemaakt kunnen worden (ro. 30). Verder vinden arbiters niet relevant welk label (zoals 'Design and Build') partijen aan de overeenkomst hangen en ook niet dat bij dit soort modellen mogelijk gesproken wordt van een 'vaste prijs'. Het gaat erom wat partijen in hun relatie juridisch hebben afgesproken waarbij het maken van aanvullende afspraken over de prijs volgens arbiters uitdrukkelijk is toegestaan (ro. 33). Dit betekent dat de op zichzelf al ruim gedefinieerde regeling in paragraaf 3-9 UAV-GC 2005 - op grond waarvan opdrachtnemer aanspraak heeft op het saldo, gevormd door de in de Basisovereenkomst vastgelegde prijs, verhoogd dan wel verlaagd met hetgeen overigens ter zake van de overeenkomst aan hem is verschuldigd - aangevuld kan worden met afspraken over verrekenbare onderdelen van de werkzaamheden. Daardoor, zoals arbiters het in ro. 34 subtiel verwoorden, kan ook bij een door de UAV-GC 2005 beheerste overeenkomst met een zogeheten vaste prijs de prijs toch minder vast blijken te zijn.

Haviltex en contra proferentem

10. Naast deze instructie waar het de filosofie van de UAV GC 2005 betreft, maken arbiters duidelijk dat nog altijd sprake is van een tussen partijen gesloten overeenkomst die onderworpen is aan de gebruikelijke uitlegregeln. Tussen partijen gemaakte afspraken, zeker waar deze afwijken van de UAV GC 2005, kunnen onduidelijkheden bevatten die vervolgens uitgelegd moeten worden. Onder ro. 35 verwoorden arbiters dan ook integraal de Haviltex-formule en voegen daaraan het *contra proferentem*-beginsel toe waaruit volgt dat bij de uitleg van overeenkomsten als algemeen rechtsbeginsel geldt dat een onduidelijke bepaling in een overeenkomst uitgelegd moet worden in het nadeel van degene die de overeenkomst heeft opgesteld (ro. 36).⁸

Onvolkomenheid: onvolledigheid of fout

11. In ro. 29 spreken arbiters over 'onvolkomenheden' in door de opdrachtgever verstrekte informatie en dat deze onvolkomenheden van invloed kunnen zijn op de inhoud van de verplichtingen van de opdrachtnemer (sub f hierboven). Onvolkomenheden lijken dan uitgesplitst te kunnen worden in (1) fouten in die informatie en (2) ontbrekende of onvolledige informatie. Is sprake van een fout in de door de opdrachtgever verstrekte informatie (het eerste geval), dan komt deze uit hoofde van paragraaf 3-2 UAV GC 2005 voor rekening van opdrachtgever. Dit kan echter anders liggen als opdrachtnemer uit hoofde van paragraaf 4-7 UAV GC 2005 de opdrachtgever had moeten waarschuwen. Is sprake van de tweede situatie - de van de opdrachtgever afkomstige informatie ontbreekt of is onvolledig - dan komt dit in beginsel voor rekening en risico van opdrachtnemer, tenzij de opdrachtgever de indruk wekte dat de door haar verstrekte informatie volledig was.⁹

12. In deze uitspraak lijkt het niet zozeer te gaan om een fout, maar om een onvolledigheid die in de bouwteamfase duidelijk werd. Zoals al aangegeven was het DO nog onvolledig waardoor partijen zijn gaan spreken over een DO-min. Die onvolledigheid maakt overigens in dit specifieke geval nog niet dat de consequenties daarvan direct op het bord van A komen te liggen, zoals B kennelijk wel beoogde. Partijen waren het er immers niet alleen volmondig over eens dat die informatie onvolledig was, ze hebben er zelfs specifieke afspraken over gemaakt.

13. Dat deden zij onder meer met afspraak 27 (opgenomen in bijlage 3 bij de aannemingsovereenkomst).¹⁰ Volgens arbiters hebben partijen daarmee van de mogelijkheid gebruik gemaakt om de prijs flexibel te maken. Gekeken naar de totstandkomingsgeschiedenis van deze afspraak (waarover ro. 43) heeft B, aldus arbiters, onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld op grond waarvan het voor A duidelijk moest zijn dat de delta enkel op staalhoeveelheden zou zien. Daarbij verwijzen arbiters 'ten overvloede' naar het *contra proferentem*-beginsel: was het de bedoeling geweest om in de gemaakte afspraken tot uitdrukking te brengen hetgeen door B werd betoogd, dan had het op haar weg gelegen zulks zo onder woorden te brengen dat daar geen andere betekenis aan toegekend kan worden dan zij in deze procedure verdedigt. Nu B dat niet heeft gedaan, komt het risico van de onduidelijkheid van de afspraken voor rekening van B, die immers de afspraken heeft opgesteld. Alles bijeen volgen arbiters de uitleg van A dat partijen een flexibele prijs zijn overeengekomen, in de vorm van een nader te bepalen delta die het verschil tussen de open begroting van het DO-min en de open begroting van het UO betreft (ro. 48).

⁷ In het bijzonder vanwege het bepaalde in paragraaf 3-2 UAV-GC 2005.

⁸ Deze *contra proferentem*-regel heeft geen plaats gekregen in de UAV GC 2005 zoals wel - zij het specifiek in het kader van de rangregeling - in paragraaf 2-4 UAV 2012. Zie voor een uitspraak waarin in relatie tot de UAV GC 2005 eerder de *contra proferentem* regel werd toegepast: RvA 27 september 2018, No. 72.111, ro. 30. Voor een meer algemene verwijzing naar rechtspraak over deze regel: GS Verbintenisrecht, art. 6:238 BW, aant. 6.

⁹ Zie in dit verband RvA 6 november 2019, No. 36.364, TBR 2020/157, met noot G.L. Weerheim. In ro. 14 wijzen arbiters erop dat in de UAV-GC 2005 slechts gesproken wordt van "inhoud" van de informatie en niet van de omvang daarvan. Voor onvolledige informatie staat de opdrachtgever, aldus arbiters, niet in. Onvolledige informatie kwalificeert pas als onjuiste informatie als het vertrouwen gewekt is dat die informatie volledig is.

¹⁰ Zie het fragment uit bijlage 3, afgedrukt onder ro. 6, sub k van het vonnis.

Tot slot

14. Heeft de in de uitspraak besproken filosofie van de UAV-GC 2005 nu ook bijgedragen aan de gewenste duidelijkheid over hoe partijen met elkaar hebben af te rekenen. Voor het antwoord op deze vraag lijkt vooral ro. 41 van belang: "Het feit dat B tot drie keer toe aanvullende engineersopdrachten heeft verstrekt, sterkt arbiters in hun oordeel dat het uitwerken van het DO min - en de daaruit volgende (constructieve) wijzigingen in de uitvoering - niet tot de scope van het aangenomen werk behoorden." In de bouwteamfase hebben partijen vastgesteld dat het DO - zoals dat door A was afgeprijsd en wat zij tot haar scope rekende - onvolledig was, waarover vervolgens bij het sluiten van de aannemingsovereenkomst specifieke afspraken zijn gemaakt. Hier is met name onderdeel c van de hiervoor weergegeven filosofie relevant. Samengevat: in het geval waarin de opdrachtnemer 'voort ontwerpt' op een ontwerp dat hem ter beschikking is gesteld door de opdrachtgever, blijft de opdrachtgever verantwoordelijk voor zijn deel van

het ontwerp. Anders gezegd: voor zover A een onvolkomen DO heeft afgeprijsd en die onvolkomenheid valt gelet op dit uitgangspunt binnen de risicosfeer van B, dan ligt het voor de hand dat A in beginsel aanspraak kan maken op verrekening van de extra kosten die het gevolg zijn van deze onvolkomenheid. Datzelfde uitgangspunt (nog steeds onderdeel c) maakt duidelijk dat die verantwoordelijkheid niet zomaar verschuift naar A. Tegen de achtergrond van dit (tot de filosofie van de UAV-GC behorende) uitgangspunt moeten de tussen partijen gemaakte afspraken worden begrepen. Had B dit anders gewild, dat had zij daarover duidelijke(re) afspraken moeten maken. Wat die afspraken betreft, komt het vooral aan op uitleg. Die uitleg blijkt, gelet op haar totstandkomingsgeschiedenis, dus niet te pleiten voor B, waarbij B ook nog eens de *contra proferentem*-regel tegengeworpen krijgt. Afwijken van de filosofie van de UAV-GC is mogelijk, maar dan alleen in duidelijke en liefst ondubbelzinnige bewoordingen.

E.W.J. van Dijk