

komst op deze voorwaarden (staalslakken zijn toegestaan) te aanvaarden. Juist gelet ook op de duidelijke 'mits' van de opdrachtgever zal aan dit vereiste niet snel voldaan zijn. Ofschoon het oordeel over het beroep op dwaling in eerste aanleg summier is, en in hoger beroep zelfs niet meer met zoveel woorden aan de orde komt, maakt het hiervoor weergegeven citaat van arbiters wel duidelijk dat een beroep op dwaling bovendien zal afstuiten op lid 2 van artikel 6:228 BW. Daarin is immers bepaald dat een beroep op dwaling

niet kan slagen als de omstandigheid voor rekening van de dwalende hoort te blijven. Daaronder valt (onder meer) de situatie dat de dwalende te weinig onderzoek heeft verricht. Arbiters later er geen misverstand over bestaan dat daarvan sprake is zodat de overeenkomst ook op grond van dwaling niet aantastbaar zal kunnen zijn.

E.W.J. van Dijk

TBR 2015/66

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 30 december 2014, No. 71.932 (Uitleg par. 15 UAV-GC)

(Mr. J.C. van Dijk, L.Th. Verriet en ir. M. Schellekens)

UAV-GC 2005: par. 14, par. 15, par. 20, par. 21, par. 22, par. 23. Model Basisovereenkomst: art. 3, art. 11, art. 12

Plan van aanpak slibverwerkingssysteem. Uitwerking VO. Verzoek tot wijziging Plan van Aanpak. Opdrachtgever weigert wijziging. Aannemer legt werk neer:

Met gastnoot R.G.T. Bleeker¹, Red.

De gronden van de beslissing in principaal en incidenteel appel

De bevoegdheid en de ontvankelijkheid

5. De bevoegdheid van appellarbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast.

6. De memorie van grieven in principaal appel is binnen drie maanden na datum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de Raad. Het incidenteel appel is ingesteld bij memorie van antwoord. Partijen zijn derhalve in zoverre ontvankelijk in hun appel.

Het geschil in eerste aanleg

7. Tussen partijen is een geschil ontstaan naar aanleiding van de tussen partijen onder de vigeur van de UAV-GC 2005 op 26 april 2012 tot stand gekomen overeenkomst inzake de aanpassing van de C., inhoudende het ontwerpen, aanpassen, uitbreiden en deels meerjarig onderhouden van het slibverwerkingssysteem.

8. Opdrachtgever heeft in eerste aanleg gesteld dat aannemer ten onrechte in plaats van de in haar plan van aanpak opgenomen pistonpompen (ook wel: zuigerpompen), vijzels (ook wel: schroefpompen) wenst toe te passen voor het verticaal transport van slib en als zodanig heeft opgenomen in haar definitief ontwerp (DO). Zij heeft

gesteld dat zij het betreffende wijzigingsvoorstel op grond van paragraaf 15 lid 4 UAV-GC 2005 zonder opgave van redenen mag weigeren en heeft geconcludeerd:

MET CONCLUSIE:

dat U, althans een door U te benoemen scheidsrecht, bij arbitraal vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:
- verklaart voor recht dat [aannemer] in het project C. een deugdelijk systeem met pistonpompen, zoals dit is opgenomen in de van de Overeenkomst onderdeel uitmakende Aanbieding, dient te realiseren, voorafgaande waarvan zij dit systeem dient uit te werken en dit in een (aangepast) DO ter toetsing aan [opdrachtgever] dient voor te leggen;

- [aannemer] veroordeelt om in het project C. een deugdelijk systeem met pistonpompen, zoals dit is opgenomen in de van de Overeenkomst onderdeel uitmakende Aanbieding, te realiseren, op straffe van een dwangsom van € 5.000,-- per kalenderdag dat zij hiermee in gebreke blijft te berekenen vanaf het moment dat [aannemer] ter plaatse een andersoortig systeem heeft aangebracht, waaronder begrepen: een systeem met vijzels, tot het moment dat [aannemer] alsnog een systeem met pistonpompen overeenkomstig de Aanbieding heeft aangebracht;

- [aannemer] veroordeelt tot betaling van € 5.000,-- aan buitengerechtelijke kosten, te vermeerderen met de wettelijke rente indien niet uiterlijk binnen twee weken na dagtekening van het vonnis betaling door [opdrachtgever] is ontvangen, te berekenen vanaf dat moment tot aan de dag der algehele betaling;

- [aannemer] veroordeelt tot betaling van de kosten van deze procedure waaronder begrepen de kosten van rechtsbijstand aan de zijde van [opdrachtgever], te vermeerderen met de wettelijke rente indien niet uiterlijk binnen twee weken betaling door [opdrachtgever] is ontvangen, te berekenen vanaf dat moment tot aan de dag der algehele betaling.

9. Als verweer heeft aannemer in eerste aanleg leg aangevoerd dat het systeem met vijzels voldoet aan de eisen van de overeenkomst en op grond van paragraaf 15 lid 2 UAV-GC 2005 ter toetsing is voorgelegd aan opdrachtgever, alsmede dat opdrachtgever de wijziging niet mag weigeren en dat geen afwijkinsrapport (AWR)

¹ Rob Bleeker is advocaat bij Rozemond Advocaten te Amsterdam.

vereist is. Zij stelt dat opdrachtgeefster het vertrouwen heeft gewekt met de wijziging in te stemmen en heeft geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van opdrachtgeefster.

10. In reconventie heeft aanneemster gesteld dat met de door haar voorgestane wijziging van een systeem met centrifuges naar een systeem met zeefbandpersen en plaatsing van het systeem in dienstgebouw 2 in plaats van in het slibontwateringsgebouw, ook wordt voldaan aan de eisen van de overeenkomst en op grond van paragraaf 15 lid 2 UAV-GC 2005 ter toetsing is voorgelegd aan opdrachtgeefster, alsmede dat opdrachtgeefster de wijziging niet mag weigeren en dat geen AWR vereist is. Aanneemster heeft gesteld dat, nu zij reeds investeringen heeft gedaan en vertraging zal oplopen, haar (financiële) belangen groter zijn dan de belangen van opdrachtgeefster en heeft geconcludeerd, na vermindering van eis:

MITSDIEN: het arbiters moge behagen om bij arbitraal vonnis, voor zover rechtens toegelaten uitvoerbaar bij voorraad:

- te verklaren voor recht dat [aanneemster] gerechtigd is tot uitvoering van de in de Afwijkingsrapporten H 035 d.d. 14 mei 2013 en H 036 van 9 augustus 2012 (zeefbandpersen in plaats van centrifuges) en H 049 van 12 juni 2013 (vijzels in plaats van pistonpompen) benoemde wijzigingen en dat, voor zover in verband hiermee deze Afwijkingsrapporten eerst door [opdrachtgeefster] geaccepteerd dienen te worden, [opdrachtgeefster] gehouden is om deze afwijkingsrapporten te accepteren;
- Indien en voor zover Acceptatie van de in de Afwijkingsrapporten H 036 van 9 augustus 2012, H 049 van 12 juni 2013 en H 035 d.d. 14 mei 2013 benoemde wijzigingen vereist is alvorens [aanneemster] tot uitvoering van de in deze Afwijkingsrapporten benoemde wijzigingen gerechtigd is: [opdrachtgeefster] te veroordelen om binnen twee (2) dagen na datum van het in deze te wijzen vonnis te hebben zorggedragen voor onvoorwaardelijke Acceptatie van de door [aanneemster] ter Acceptatie voorgelegde Afwijkingsrapporten H 035 d.d. 14 mei 2013 en H 036 van 9 augustus 2012 (zeefbandpersen in plaats van centrifuges) en H 049 van 12 juni 2013 (vijzels in plaats van pistonpompen) op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 10.000,00 voor iedere dag of dagdeel dat [opdrachtgeefster] hiermee in gebreke blijft;
- [opdrachtgeefster] te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 3.000,00 ter zake buitengerechtelijke kosten, te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf 14 dagen na dagtekening van het vonnis tot aan de dag der algehele voldoening.
- [opdrachtgeefster] te veroordelen in de kosten van deze procedure, te vermeerderen met een tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand aan de zijde van [aanneemster], een en ander overeenkom-

stig de Statuten van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover te rekenen vanaf 14 dagen na betekening van het vonnis tot aan de dag der algehele voldoening.

11. Opdrachtgeefster heeft gemotiveerd verweer gevoerd in reconventie en geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van aanneemster met veroordeling van aanneemster in de proceskosten.

12. Arbiters in eerste aanleg hebben geoordeeld dat, nu in de overeenkomst is vastgelegd dat het plan van aanpak als voorlopig ontwerp (VO) wordt beschouwd, het plan van aanpak en het VO door gunning zijn geaccepteerd door opdrachtgeefster en daarmee onderdeel van de overeenkomst zijn geworden. Zij hebben geoordeeld dat daarom lid 1 en lid 2 van paragraaf 15 UAV-GC 2005 niet toepasselijk zijn op het VO, zodat aanneemster niet zonder meer gerechtigd is tot wijziging van het VO (lid 1), respectievelijk niet kan volstaan met het ter toetsing voorleggen (lid 2) van door haar voorgestane wijzigingen op het plan van aanpak/VO.

13. Volgens arbiters in eerste aanleg dienen wijzigingen ter acceptatie te worden voorgelegd zoals bedoeld in lid 3 van paragraaf 15 UAV-GC 2005. Zij hebben geoordeeld dat, nu het plan van aanpak en daarmee ook het VO afkomstig zijn van aanneemster (niet van opdrachtgeefster), geen sprake is van wijziging van 'de eisen opgenomen in de overeenkomst' zoals bedoeld in paragraaf 15 lid 3 sub a UAV-GC 2005. Opdrachtgeefster mag dan de wijzigingen niet zonder opgaaf van redenen weigeren (lid 4 van paragraaf 15 UAV-GC 2005). Arbiters in eerste aanleg hebben geoordeeld dat de wijzigingen alleen kunnen worden geweigerd indien deze tot gevolg hebben dat daardoor de werkzaamheden, het werk en/of het meerjarig onderhoud niet beantwoorden aan de bepalingen van de overeenkomst (lid 3 sub c van paragraaf 15 UAV-GC 2005).

14. Onder de 'bepalingen van de overeenkomst' vallen onder andere de aanbieding van aanneemster en het plan van aanpak/VO, aldus arbiters in eerste aanleg. Zij hebben gelet hierop getoetst of de wijzigingen voldoen aan die bepalingen.

15. Arbiters in eerste aanleg hebben geoordeeld dat niet aannemelijk is gemaakt dat de wijziging van het systeem met pistonpompen in een systeem met vijzels voldoet aan de bepalingen van de overeenkomst, zodat opdrachtgeefster de wijziging heeft mogen weigeren. Dat aanneemster de vijzels al heeft aangeschaft en vertragingsscha-

de zal leiden blijft volgens arbiters in eerste aanleg voor rekening en risico van aanneemster.

16. Zij hebben geoordeeld dat niet aanneme-lijk is gemaakt dat de wijziging van het systeem met centrifuges op de bovenste verdieping van het bestaande slibontwateringsgebouw in een systeem met zeefbandpersen in dienstgebouw 2 voldoet aan de bepalingen van de overeenkomst, zodat opdrachtgeefster de wijziging heeft mogen weigeren.

17. Arbiters in eerste aanleg hebben de buitengerechtelijke kosten afgewezen en hebben aanneemster volledig belast met de proceskosten in eerste aanleg. Het dictum van het vonnis in eerste aanleg luidt:

in conventie

VERKLAREN VOOR RECHT dat aanneemster in het werk een systeem met pistonpompen, zoals dit is opgenomen in de van de Overeenkomst onderdeel uitmakende Aanbieding, dient te realiseren, voorafgaande waarvan zij dit systeem dient uit te werken en dit in een (aangepast) DO ter toetsing aan opdrachtgeefster dient voor te leggen;

VEROORDELEN aanneemster om in het werk een systeem met pistonpompen, zoals dit is opgenomen in de Overeenkomst onderdeel uitmakende Aanbieding, te realiseren op straffe van een dwangsom van € 5.000,00 (vijfduizend euro) per kalenderdag dat aanneemster hiermee in gebreke blijft met een maximum van € 1.000.000,00 (één miljoen euro), te berekenen vanaf het moment dat aanneemster ter plaatse een andersoortig systeem heeft aangebracht, waaronder een systeem met vijzels, tot het moment dat aanneemster een systeem met pistonpompen overeenkomstig de Aanbieding heeft aangebracht;

in reconventie

WIJZEN AF de vorderingen van aanneemster;

in conventie en reconventie

VEROORDELEN aanneemster ter verrekening van de proceskosten aan opdrachtgeefster te betalen € 24.861,48 (vierentwintigduizend achthonderd één en zestig euro en achtenveertig cent).

Het geschil in hoger beroep

18. Aanneemster voert in principaal appel 17 grieven (hierna **grief 1** tot en met **grief 17**) aan tegen het beroepen vonnis en concludeert in haar memorie van grieven:

MITSDIEN: het appellarbiters moge behagen om bij arbitraal appelvonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, het vonnis van arbiters in eerste aanleg, gewezen op 13 december 2013 in geschilnummer 34.618, te vernietigen en, alsnog recht doende:

In conventie:

[opdrachtgeefster] in haar vorderingen niet ontvankelijk te verklaren, althans haar deze vorderingen als ongegrond en/of onbewezen te ontzeggen;

In reconventie:

- te verklaren voor recht dat [aanneemster] gerechtigd is tot uitvoering van de in de Afwijkingsrapporten H 035 d.d. 14 mei 2013 (zeefbandpersen in plaats van centrifuges) en H 036 van 9 augustus 2012 (verplaatsing zeefbandpersen naar dienstgebouw 2) en H 049 van 12 juni 2013 (vijzels in plaats van pistonpompen) benoemde wijzigingen en dat, voor zover in verband hiermee deze Afwijkingsrapporten eerst door [opdrachtgeefster] geaccepteerd dienen te worden, [opdrachtgeefster] gehouden is om deze afwijkingsrapporten te accepteren;

- *Indien en voor zover Acceptatie van de in de Afwijkingsrapporten H 036 van 9 augustus 2012, H 049 van 12 juni 2013 en H 035 d.d. 14 mei 2013 benoemde wijzigingen vereist is alvorens [aanneemster] tot uitvoering van de in deze Afwijkingsrapporten benoemde wijzigingen gerechtigd is: [opdrachtgeefster] te veroordelen om binnen twee (2) dagen na datum van het in deze te wijzen vonnis te hebben zorggedragen voor onvoorwaardelijke Acceptatie van de door [aanneemster] ter Acceptatie voorgelegde Afwijkingsrapporten H 035 d.d. 14 mei 2013 (zeefbandpersen in plaats van centrifuges) en H 036 van 9 augustus 2012 (verplaatsing zeefbandpersen naar dienstgebouw 2) en H 049 van 12 juni 2013 (vijzels in plaats van pistonpompen) op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 10.000,00 voor iedere dag of dagdeel dat [opdrachtgeefster] hiermee in gebreke blijft;*

- [opdrachtgeefster] te veroordelen tot betaling aan [aanneemster] van de door [aanneemster] gemaakte buitengerechtelijke kosten ad € 3.000,00 te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf 30 september 2013 tot en met de dag der algehele voldoening;

- [opdrachtgeefster] te veroordelen in de kosten van beide instanties, te vermeerderen met een tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand aan de zijde van [aanneemster] en [opdrachtgeefster] te veroordelen tot terugbetaling aan [aanneemster] tegen behoorlijk bewijs van kwijting van de door [aanneemster] aan [opdrachtgeefster] betaalde proceskostenveroordeling ten bedrage van in hoofdsom € 24.861,48 te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf de dag van deze memorie tot en met de dag der algehele voldoening.

19. Ter zitting in appel hebben partijen het volgende medegedeeld. Aanneemster heeft kort voor de bouwvakvakantie van 2014 besloten om, ter beperking van schade en onder voorbehoud van alle rechten, alsnog af te zien van toepassing van zeefbandpersen en over te gaan tot toepassing van centrifuges. Opdrachtgeefster heeft aanneemster toestemming gegeven om vijzels in plaats van pistonpompen toe te passen. Aanneemster heeft gelet daarop het (hierboven cursief weer-

gegeven) tweede onderdeel van haar vordering ingetrokken, onder handhaving van haar vordering voor het overige, meer in het bijzonder de verzochte verklaring voor recht. Daarom ligt in appel onverminderd ter beoordeling voor de vraag of aanneemster gerechtigd was tot uitvoering van vijzels in plaats van pistonpompen en zeefbandpersen in plaats van centrifuges (in dienstgebouw 2 in plaats van in het slibontwateringsgebouw).

20. Opdrachtgeefster voert gemotiveerd verweer in principaal appel, richt in incidenteel appel 6 grieven (hierna **grief I** tot en met **grief VI**) tegen het beroepen vonnis en concludeert:

CONCLUSIE

Op grond van al het voorgaande komt [opdrachtgeefster] tot de conclusie dat appellarbiters, zo nodig onder verbetering en/of aanvulling der gronden, het vonnis tussen partijen in eerste aanleg gewezen op 13 december 2013 met nummer 34.618, zullen bevestigen, met veroordeling van [aanneemster] in de kosten van het hoger beroep, daaronder begrepen de kosten van rechtsbijstand gevallen aan de zijde van [opdrachtgeefster].

21. Aanneemster voert gemotiveerd verweer in incidenteel appel en concludeert:

MITSDIEN: het de appellarbiters van de Raad van Arbitrage voor de Bouw mogen behagen om de grieven van [opdrachtgeefster] in het incidenteel appel te verwerpen, met veroordeling van [opdrachtgeefster] in de kosten van beide instanties, te vermeerderen met een tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand, een en ander overeenkomstig de Statuten van de Raad van Arbitrage voor de Bouw.

De feiten

22. Voor zover tegen de in eerste aanleg vastgestelde feiten niet is gegriefd of anderszins bezwaren zijn geuit, zijn die feiten ook in hoger beroep het uitgangspunt.

De beoordeling van het geschil

23. Met **grievens 1 en 2** komt aanneemster op tegen het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat de wijzigingen niet ter toetsing (lid 2 van paragraaf 15 UAV-GC 2005), maar ter acceptatie (lid 3 van paragraaf 15 UAV-GC 2005) aan opdrachtgeefster dienen te worden voorgelegd.

24. **Grievens 3, 4, 5, 11, 12, 14 en 15** zijn gericht tegen het technisch inhoudelijke oordeel van arbiters in eerste aanleg ter zake van de vraag of met de (in geschil zijnde) wijzigingen nog wordt voldaan aan de bepalingen van de overeenkomst.

25. Aanneemster voert **grievens 6, 7 en 8** aan tegen het oordeel van arbiters in

eerste aanleg dat niet is gebleken van een door opdrachtgeefster gewekt vertrouwen dat de wijziging van pistonpompen in vijzels in redelijkheid niet meer mocht worden geweigerd.

26. Met **grief 9** komt aanneemster op tegen het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat van de partij jegens wie wanprestatie is gepleegd in redelijkheid niet kan worden gevergd dat zij de daardoor geleden schade beperkt door op ongunstigere voorwaarden te contracteren.

27. Aanneemster komt met **grief 13** op tegen de afwijzing van haar betoog dat zij met de weigering van het systeem met zeefbandpersen een systeem krijgt opgedrongen waarbij zij wegens overschrijding van het maximum PE-verbruik boetes zal verbeuren.

28. **Grief 10** van aanneemster is gericht tegen de overweging in eerste aanleg dat de vorderingen in conventie ter zake van de pistonpomp/vijzel-kwestie (in aangepaste vorm) kunnen worden toegewezen. **Grief 16** is gericht tegen de toewijzingen in conventie en de afwijzingen in reconventie als zodanig, alsmede tegen de proceskostenveroordeling. **Grief 17** is specifiek gericht tegen de afwijzing van de door aanneemster (in reconventie) gevorderde vergoeding van buitengerechtigde kosten.

29. Opdrachtgeefster komt met **grief I** op tegen de motivering van het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat lid 1 van paragraaf 15 UAV-GC 2005 niet toepasselijk is op het plan van aanpak/VO.

30. **Grief II** is gericht tegen het oordeel in eerste aanleg dat opdrachtgeefster door gunning het plan van aanpak en daarmee het VO heeft 'geaccepteerd', voor zover door arbiters in eerste aanleg daarmee is gerefereerd aan lid 1 en lid 3 sub c van paragraaf 15 UAV-GC 2005.

31. Met **grief III** komt opdrachtgeefster op tegen het in eerste aanleg door arbiters gemaakte onderscheid tussen 'eisen' en 'bepalingen' uit de overeenkomst en hun oordeel dat het van aanneemster afkomstige VO niet gekwalificeerd kan worden als 'eisen opgenomen in de overeenkomst'.

32. Opdrachtgeefster richt **grief IV** tegen het oordeel dat de in geschil zijnde wijzigingen niet met toepassing van paragraaf 15 lid 3 sub a UAV-GC 2005, maar met toepassing van paragraaf 15 lid 3 sub c dienen te worden beoordeeld, waarna arbiters in eerste aanleg de wijzigingen inhoudelijk op gelijkwaardigheid hebben getoetst en hebben getoetst aan de vraagspecificatie.

33. **Grief V** is gericht tegen het oordeel dat in de vraagspecificatie is opgenomen dat aanneemster ruimte moet worden gelaten om terug te komen op eerder door haar gemaakte keuzes.

34. Opdrachtgeefster komt tot slot met **grief VI** op tegen een technisch inhoudelijke overweging van arbiters in eerste aanleg inzake de werking van pistonpompen.

35. Appellarbiters zullen thans overgaan tot beoordeling van de grieven, waarbij zij de grieven van opdrachtgever en de toelichting daarop veeleer als verweer in het principaal appel zien, nu zonder een conclusie (in incidenteel appel) tot vernietiging van het in eerste aanleg uitgesproken dictum in beginsel geen (incidenteel) appel mogelijk is.

36. **Grievens 1 en 2** in principaal appel en **grievens I, II, III en IV** in incidenteel appel betreffen de wijze van toepassing door arbiters in eerste aanleg van paragraaf 15 UAV-GC 2005. Appellarbiters zullen deze grieven in onderlinge samenhang bespreken.

37. Het systeem van paragraaf 15 UAV-GC 2005 luidt zakelijk weergegeven als volgt:

- voordat toetsing of acceptatie van keuzen, documenten, werkzaamheden e.d. door opdrachtgeefster heeft plaatsgehad, of zij ter zake anderszins is geïnformeerd, staat het aanneemster vrij wijzigingen door te voeren (lid 1);
- indien reeds toetsing door opdrachtgeefster heeft plaatsgehad, of zij anderszins is geïnformeerd, dient aanneemster een wijziging ter toetsing voor te leggen (lid 2);
- indien reeds acceptatie door opdrachtgeefster heeft plaatsgehad, dient aanneemster een wijziging ter acceptatie voor te leggen en kan opdrachtgeefster de wijziging weigeren als niet wordt beantwoord aan de bepalingen van de overeenkomst (lid 3 sub c);
- indien aanneemster een wijziging beoogt van de 'eisen opgenomen in de overeenkomst', dient aanneemster dit eveneens ter acceptatie voor te leggen (lid 3 sub a) en kan opdrachtgeefster deze wijziging zonder opgaaf van redenen weigeren te accepteren (lid 4).

38. Volgens aanneemster is ter zake van de wijziging van pistonpompen in vijzels en van centrifuges in zeefbandpersen (in een ander gebouw) sprake van een situatie zoals bedoeld in lid 2. Opdrachtgeefster betwist dit en stelt dat sprake is van een situatie zoals bedoeld in lid 3 sub a. Arbiters in eerste aanleg hebben gekozen voor een situatie zoals bedoeld in lid 3 sub c.

39. In het geval van ter toetsing of ter acceptatie voor te leggen wijzigingen van keuzen, documenten e.d. (lid 1, lid 2 en lid 3 sub c) stelt paragraaf 15 UAV-GC 2005 voorop dat de werkzaamheden, het Werk en het meerjarig onderhoud wel nog moeten blijven voldoen aan 'de bepalingen van de overeenkomst'.

40. In het geval van ter acceptatie voor te leggen wijzigingen van 'eisen opgenomen in de overeenkomst' bepalen paragrafen 15 lid 3 sub a en lid 4 dat opdrachtgeefster een wijziging zonder opgaaf van redenen mag weigeren te accepteren.

41. Ter beantwoording ligt voor de vraag of de in het plan van aanpak/VO door aanneemster gekozen pistonpompen en centrifuges als 'eisen opgenomen in de overeenkomst' hebben te gelden, en wijzigingen daarop dus onder de werking van paragrafen 15 lid 3 sub a en lid 4 UAV-GC 2005 vallen, zoals opdrachtgeefster heeft aangevoerd.

42. Arbiters in eerste aanleg hebben geoordeeld dat 'eisen opgenomen in de overeenkomst' louter van opdrachtgeefster afkomstig zijn en dat het plan van aanpak/VO van aanneemster afkomstig is en daarom niet kan worden gekwalificeerd als 'eisen opgenomen in de overeenkomst'.

43. Waar in paragraaf 15 enerzijds wordt gesproken over de 'bepalingen van de overeenkomst' en anderzijds over de 'eisen opgenomen in de overeenkomst', geeft de UAV-GC 2005 in paragraaf 1 'Begripsbepalingen' geen verklarend onderscheid daartussen. Elders in de UAV-GC 2005 wordt niet gesproken over 'bepalingen', wel op diverse plaatsen over 'eisen'.

44. Met inachtneming van het voorgaande volgt uit de UAV-GC 2005 niet dat het plan van aanpak/VO van aanneemster niet kan worden gekwalificeerd als 'eisen opgenomen in de overeenkomst'.

45. Toetsing en acceptatie door opdrachtgeefster van wat aanneemster haar voorlegt, vindt plaats óf bij gunning, óf na gunning via de weg van paragraaf 15 juncto paragrafen 20-23 UAV-GC 2005. Meer smaken zijn er niet.

46. Opdrachtgeefster stelt dat van toetsing en acceptatie ná gunning in deze zaak geen sprake is en voert aan dat het in lid 1 van paragraaf 15 UAV-GC 2005 genoemde 'wijzigen van documenten' niet aan de orde kan zijn omdat documenten volgens de definitie ervan in paragraaf 1 UAV-GC 2005 louter na de totstandkoming van de overeenkomst door aanneemster opgestelde

stukken betreft, dus niet het onderhavige plan van aanpak/VO.

47. Appellarbiters volgen opdrachtgeefster daarin en zijn met haar van oordeel dat daarom lid 1 en daarmee ook lid 2, alsmede lid 3 sub c van paragraaf 15 UAV-GC 2005 niet toepasselijk zijn op de in geschil zijnde wijzigingen ten opzichte van het plan van aanpak/VO.

48. Appellarbiters volgen niet arbiters in eerste aanleg in hun oordeel dat lid 1 en lid 2 niet toepasselijk zijn omdat het plan van aanpak/VO getoetst en/of geaccepteerd zou zijn zoals bedoeld in paragraaf 15 UAV-GC 2005.

49. Bedoelde toetsing en acceptatie betreft namelijk de procedures ex paragraaf 20, 21 en 23 UAV-GC 2005 die plaatsvinden na het tot stand komen van de overeenkomst, niet in het kader van de gunning van de opdracht. Het plan van aanpak/VO is geaccepteerd in het kader van de gunningsprocedure.

50. Dat het plan van aanpak als gunningscriterium een relatief beperkt aantal punten opleverde, doet aan het voorgaande niets af.

51. Ook de stelling van aanneemster, wat daar ook van zij, dat zij ook ervoor had kunnen opteren om in het plan van aanpak geen materiaalkeuze te maken ter zake van het in geschil zijnde verticaal slibtransport en ontwateringssysteem, maakt het bovenstaande niet anders. Die keuze is immers wel gemaakt en vastgelegd in het plan van aanpak/VO.

52. Ook doet daar niets aan af dat de vraagspecificatie is gebaseerd op functionele en met name top-eisen die slechts in beperkte mate zien op techniek maar vooral op prestaties, evenmin dat onderdeel van de inschrijving en gunningscriteria een TCO berekening (Total Cost of Ownership) is en ook niet dat de vraagspecificatie voorziet in een 'black box' voor de ontwerp- en uitvoeringsverplichtingen voor aanneemster.

53. Gelet op al het voorgaande kan het plan van aanpak niet als een door aanneemster later opgesteld en door opdrachtgeefster op de reguliere wijze, na het tot stand komen van de overeenkomst, geaccepteerd VO worden beschouwd.

54. Daaruit zou gelet op rechtsoverweging 45 al volgen dat het plan van aanpak/VO van aanneemster kan worden gekwalificeerd als 'eisen opgenomen in de overeenkomst'.

55. Daar pleit bovendien het volgende voor.

56. In de inschrijvingsleidraad is onder 6.1 sub b aangegeven dat het plan van aanpak onderdeel uitmaakt van de inschrijving en dat het plan van aanpak in de zin van het geïntegreerde contract wordt beschouwd als voorlopig ontwerp (VO). Daarbij is aangegeven dat in het plan van aanpak een toelichting op het aspect van robuustheid (kwalitatief) dient te worden opgenomen en dat het criterium robuustheid van de installatie en geselecteerde technologie onderdeel uitmaakt van de inschrijving.

57. Opdrachtgeefster heeft, omdat zij wilde weten wat er zou worden aangeboden, alle gegadigden verzocht om het bedoelde plan van aanpak/VO en heeft alle gegadigden daar ook een financiële vergoeding voor toegekend.

58. Aanneemster wist dus vooraf, bij inschrijving, dat het plan van aanpak het VO zou worden en dat robuustheid van door haar in dat kader geselecteerde technologie als een van de gunningscriteria zou worden gehanteerd.

59. Aanneemster heeft zelf in haar aanbieding opgemerkt dat haar aanbiedingsontwerp (het VO) tot op een zodanig detail is uitgewerkt dat verdieping naar het DO snel kan plaatsvinden.

60. In artikel 2 van de overeenkomst is bepaald dat aanneemster het werk moet realiseren op basis van de vraagspecificatie en de aanbieding (inclusief plan van aanpak/VO).

61. In artikel 5 lid 1 van de overeenkomst is de vraagspecificatie benoemd: diverse nota's van inlichtingen, diverse individuele inlichtingen en de vraagspecificatie 1B-2011-1, met bijlagen.

62. Artikel 5 Lid 2 luidt:
In het kader van deze overeenkomst dient de opdrachtnemer de volgende ontwerpwerkzaamheden te verrichten:

- het uitwerken van de vraagspecificatie tot een definitief ontwerp en een uitvoeringsontwerp. Daarbij wordt het plan van aanpak, behorende bij de aanbieding van de opdrachtnemer, als voorlopig ontwerp beschouwd.

63. Uit het systeem van artikel 5 'Ontwerpwerkzaamheden' van de bij de UAV-GC 2005 horende model basisovereenkomst volgt dat:

- indien de vraagspecificatie bestaat uit het programma van eisen, aanneemster dit uitwerkt tot een voorlopig ontwerp, een definitief ontwerp en een uitvoeringsontwerp;
- indien de vraagspecificatie bestaat uit het programma van eisen en het voorlopig ontwerp, aan-

neemster dit uitwerkt tot een definitief ontwerp en een uitvoeringsontwerp;

- indien de vraagspecificatie bestaat uit het programma van eisen, het voorlopig ontwerp en het definitief ontwerp, aanneemster dit uitwerkt tot een uitvoeringsontwerp.

64. Appellarbiters volgen aanneemster niet in haar standpunt dat, gelet op de formulering van artikel 5 lid 2 van de tussen partijen tot stand gekomen overeenkomst van 26 april 2012, het plan van aanpak en het VO als het ware uit de overeenkomst zijn gelicht en dat de uitwerking tot DO diende te worden gebaseerd op de vraagspecificatie, onder terzijdestelling van het plan van aanpak/VO, althans dat aanneemster dat zo mocht begrijpen.

65. In het projectmanagementplan van de hand van aanneemster zelf (definitieve versie 2.0 van 24 augustus 2012) is vermeld dat in het aanbiedingsdossier het VO is opgenomen en dat dit na gunning verder wordt uitgewerkt tot definitief ontwerp.

66. Artikel 5 van de model basisovereenkomst is niet letterlijk gevolgd en wellicht is artikel 5 van de tot stand gekomen overeenkomst niet helder geformuleerd en dient dit in beginsel in het nadeel van opdrachtgeefster te worden uitgelegd, maar dit kan er naar het oordeel van appellarbiters niet toe leiden dat de verplichtingen van aanneemster niet (mede) worden bepaald door het plan van aanpak/VO.

67. Niet begrijpelijk is dat het plan van aanpak als één van de gunningscriteria wel betekenis heeft gehad bij acceptatie door opdrachtgeefster van de inschrijvingsaanbieding van aanneemster, maar dat partijen vervolgens de bedoeling zouden hebben gehad overeen te komen het plan van aanpak/VO met daarin (technisch) inhoudelijke aanbiedingen volledig terzijde te stellen.

68. Aanneemster stelt in dit kader nog dat opdrachtgeefster het plan van aanpak/VO in lid 1 van artikel 5 van de overeenkomst, onder de vraagspecificatie, had moeten opnemen. Omdat het VO als zodanig niet van de hand van opdrachtgeefster was, heeft opdrachtgeefster daar begrijpelijkerwijs niet voor gekozen.

69. Appellarbiters zijn gelet op al het voorgaande met opdrachtgeefster van oordeel dat het plan van aanpak en het VO onderdeel zijn geworden van de tussen partijen tot stand gekomen overeenkomst met dien verstande dat het aanneemster niet zonder meer vrijstond om terug te komen op door haar in het plan van aanpak/VO gemaakte keuzes, zoals de keuze voor toepassing van piston-

pompen voor verticaal transport van het te verwerken slib en de keuze voor centrifuges voor de ontwatering van het slib, te plaatsen in het slibontwateringsgebouw.

70. De vijf in de memorie van antwoord in incidenteel appel door aanneemster expliciet genoemde redenen tegen de redenering dat wijzigingen op het plan van aanpak/VO niet mogelijk zijn, doen aan het voorgaande niets af.

71. Appellarbiters volgen aanneemster ten eerste niet in haar stelling dat uit artikel 5 lid 2 van de overeenkomst volgt dat het plan van aanpak moet worden beschouwd als een ná totstandkoming van de overeenkomst te vervaardigen VO.

72. Dat in de eerdere UAV-GC 2000 in paragraaf 15 lid 3 sub a nog werd gesproken over de 'eisen opgenomen in de vraagspecificatie', maakt niet dat wat de eisen betreft enkel sprake kan zijn van expliciet van de hand van opdrachtgeefster afkomstige eisen en dat uit door aanneemster opgestelde, van het contract deel uitmakende, stukken geen eisen kunnen voortvloeien. Zoals opdrachtgeefster aanvoert is, anders dan aanneemster stelt, door de verandering van 'eisen opgenomen in de vraagspecificatie' in 'eisen opgenomen in de overeenkomst' eerder sprake van een verruiming, zodat, anders dan aanneemster stelt, de eisen uit het plan van aanpak/VO niet zijn uitgesloten bij toepassing van paragraaf 15 lid 3 sub a UAV-GC 2005. Overigens wordt in paragraaf 14 UAV-GC 2005 (door opdrachtgever opgedragen wijzigingen), net als in paragraaf 14 UAV-GC 2000 nog gesproken over 'eisen opgenomen in de vraagspecificatie'.

73. Dat opdrachtgeefster in algemene zin zou hebben aangegeven dat wijzigingen in het ontwerp geen probleem hoeven te zijn indien voldaan blijft worden aan de eisen uit de vraagspecificatie, maakt nog niet dat opdrachtgeefster een beroep op lid 4 van paragraaf 15 UAV-GC 2005 heeft prijsgegeven.

74. Dat het VO per definitie een ontwerpdocument is ten opzichte waarvan wijzigingen nog mogelijk zijn, gaat niet op omdat het onderhavige VO tot een contractdocument is geworden.

75. Als vijfde reden acht aanneemster het onredelijk dat zij niet gerechtigd zou zijn ontwerp wijzigingen door te voeren ten opzichte van het plan van aanpak/VO indien opdrachtgeefster niet kan aantonen dat hierdoor de eisen die voortvloeien uit de vraagspecificatie in het gedrang komen. Ook hier geldt dat dit niet opgaat omdat het onderhavige VO tot een contractdocument is

geworden en, ten opzichte van de vraagspecificatie uitgewerkte, overeengekomen eisen bevat.

76. Ook de vijf bij pleidooi door aanneemster expliciet genoemde argumenten waarom zij terug zou mogen komen op in het plan van aanpak/VO opgenomen ontwerpkeuzes, treffen geen doel.

77. Dat in de vraagspecificatie of in de overeenkomst zelf niet expliciet staat vermeld dat het aanneemster niet vrijstaat terug te komen op in het plan van aanpak/VO vermelde keuzes, doet aan de status als contractdocument met bindende eisen niet af.

78. Nu, zoals reeds aangehaald, uit de inschrijvingsleidraad volgt dat het plan van aanpak het VO zou worden en dat robuustheid van door aanneemster in dat kader geselecteerde technologie als een van de gunningscriteria zou worden gehanteerd, treft een taalkundige uitleg van het plan van aanpak als slechts 'opzet of voornemen' geen doel.

79. Dat in de vraagspecificatie zelf is vermeld dat het aanneemster vrijstaat wijzigingen door te voeren in de slijblij, zolang maar wordt voldaan aan de vraagspecificatie, doet er niet aan af dat het plan van aanpak/VO mede de overeengekomen eisen bevatten.

80. Hierboven is al geoordeeld dat voor zover opdrachtgeefster in algemene zin aangegeven zou hebben dat wijzigingen in het ontwerp geen probleem hoeven te zijn indien voldaan blijft worden aan de eisen uit de vraagspecificatie, dit nog niet maakt dat opdrachtgeefster een beroep op lid 4 van paragraaf 15 UAV-GC 2005 heeft prijsgegeven.

81. Als vijfde argument noemt aanneemster weer de formulering van artikel 5 lid 2 van de overeenkomst. Daarover is hierboven al geoordeeld.

82. Gelet op al het voorgaande hebben arbiters in eerste aanleg ten onrechte geoordeeld dat de in geschil zijnde wijzigingen niet met toepassing van paragraaf 15 lid 3 sub a UAV-GC 2005 dienen te worden beoordeeld, maar met toepassing van lid 3 sub c en zijn zij ten onrechte overgegaan tot de daaruit voortvloeiende technisch inhoudelijke beoordeling van de wijzigingen.

83. Opdrachtgeefster mocht met een beroep op paragraaf 15 lid 3 sub a, juncto lid 4 UAV-GC 2005 de door aanneemster voorgestane in geschil zijnde wijzigingen zonder opgaaf van redenen weigeren te accepteren.

84. Appellarbiters komen tot de conclusie dat de grieven I, II, III en IV van opdrachtgeefster in hun onderlinge samenhang tot gevolg hebben dat de grieven 1 en 2 van aanneemster sneuvelen.

85. Aanneemster bestrijdt met **grievens 6, 7 en 8** het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat niet is gebleken van een door opdrachtgeefster gewekt vertrouwen dat de wijziging van pistonpompen in vijzels in redelijkheid niet meer mocht worden geweigerd. Voor zover het grief 6 betreft voert aanneemster geen nieuwe argumenten aan en zien appellarbiters geen reden om af te wijken van het oordeel van arbiters in eerste aanleg, zodat grief 6 faalt. Anders dan aanneemster stelt, heeft opdrachtgeefster naar aanleiding van het DO wel (tijdig) opmerkingen geplaatst bij toepassing van vijzels, zodat ook grief 7 geen doel treft. Het (kort) voorafgaand aan het DO ingediende Integraal Ontwerp (IO) had geen contractuele status en kon opdrachtgeefster dan ook niet binden, ook niet bij gebreke van (tijdig) commentaar erop, zoals aanneemster aanvoert. Grief 8 treft daarom evenmin doel.

86. Met **grief 9** komt aanneemster op tegen het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat van de partij jegens wie wanprestatie is gepleegd in redelijkheid niet kan worden gevergd dat zij de daardoor geleden schade beperkt door op ongunstigere voorwaarden te contracteren. Volgens aanneemster voldoet een systeem met vijzels volledig aan de bepalingen van de overeenkomst en was opdrachtgeefster op grond daarvan gehouden in te stemmen met de door aanneemster beoogde wijziging. De vraag óf met een wijziging al dan niet wordt voldaan aan de (technisch inhoudelijke) bepalingen van de overeenkomst doet niets af aan de mogelijkheid die lid 4 van paragraaf 15 UAV-GC 2005 geeft om zonder opgaaf van redenen te weigeren een wijziging te accepteren. Ook grief 9 treft geen doel.

87. Aanneemster verwoordt met **grief 13** haar bezwaar tegen de afwijzing van haar betoog dat zij met de weigering van het systeem met zeefbandpersen een systeem krijgt opgedrongen waarbij zij wegens overschrijding van het maximum PE-verbruik boetes zal verbeuren. Ook deze vraag doet, daargelaten dat de gestelde overschrijding niet is komen vast te staan, niets af aan de mogelijkheid die lid 4 van paragraaf 15 UAV-GC 2005 geeft om zonder opgaaf van redenen, te weigeren een wijziging te accepteren. Ook deze grief faalt daarom.

88. De uitkomst van grieven 6, 7, 8, 9 en 13 nopen appellarbiters niet tot een ander oordeel dan hierboven bij de bespreking van para-

graaf 15 UAV-GC 2005 (grievens 1 en 2, alsmede I, II, III en IV) reeds is gegeven. Gelet op dat oordeel kunnen de door partijen tegen het vonnis in eerste aanleg opgeworpen **overige grieven** geen doel treffen, zodat appellarbiters niet aan een inhoudelijke behandeling daarvan toekomen.

89. Aannemster biedt (getuigen)bewijs aan ter zake van haar stelling dat een systeem met vizels en zeefbandpersen wel zal voldoen aan de bepalingen van de overeenkomst. Gelet op de uitkomst van de bespreking van de grieven gaan appellarbiters aan dit aanbod voorbij. Appellarbiters gaan ook voorbij aan het overige niet gespecificeerde aanbod tot het leveren van bewijs.

Slotsom in principaal en incidenteel appel

90. Gelet op al het voorgaande was aannemster op grond van de tussen partijen tot stand gekomen overeenkomst van 26 april 2012 gehouden het werk uit te voeren met een systeem met pistonpompen en een in het slibontwateringsgebouw te realiseren systeem met centrifuges.

91. Appellarbiters zullen het beroepen vonnis dan ook bekrachtigen onder verbetering van de gronden zoals hierboven beschreven, behoudens het volgende.

92. Nu opdrachtgeefster aannemster inmiddels toch toestemming heeft gegeven vizels in plaats van pistonpompen toe te passen (rechtsoverweging 19) is een veroordeling van aannemster om in het werk een systeem met pistonpompen te realiseren op straffe van verbeurte van een dwangsom niet meer aan de orde en zullen appellarbiters het beroepen vonnis te dien aanzien vernietigen. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

1. De moeilijkste opgave voor inschrijvers op een design & construct contract is om een prijs te bepalen terwijl het grootste deel van het ontwerpwerk nog verricht moet worden. Over de problemen die daardoor kunnen ontstaan gaat deze uitspraak over een UAV-GC 2005 overeenkomst (hierna: UAV-GC). Het is een vonnis in hoger beroep. In eerste aanleg (RvA 13 december 2013, No. 34.618) was de aannemer in het ongelijk gesteld, en zo eindigt ook dit hoger beroep, maar dan op andere gronden.

2. Bij een aanbesteding van een slibverwerkingsysteem vraagt de opdrachtgever om een Plan van Aanpak. De overeenkomst (art. 5 lid 2) bepaalt dat het Plan van Aanpak als Voorlopig Ontwerp wordt beschouwd. In dat kader licht de aannemer toe dat hij (onder meer) pistonpompen en centrifuges wil toepassen. Tijdens de uitwerking van het VO concludeert de aannemer dat ook met vizelpompen en zeefbanden aan de eisen uit de Vraagspecificatie kan worden voldaan en dient een verzoek (eigenlijk drie verzoeken)

tot wijziging in. Opdrachtgever weigert het verzoek en aannemer legt het werk neer. De vraag is natuurlijk of dat terecht was. Die vraag draait om de uitleg van par. 15 UAV-GC. Het belang is groot (circa € 8 miljoen vanwege vertragingschade op een aanneemsom van ruim € 26 miljoen).

Drie interpretaties

3. Volgens aannemer geldt par. 15 lid 2 UAV-GC: de ontwerpkeuze is al getoetst en moet opnieuw getoetst worden aan de 'bepalingen van de overeenkomst'. Volgens de opzet van de UAV-GC zou het ontwerp dienen te worden beoordeeld via toetsing (par. 20 UAV-GC) en andere stukken (voor zover vereist in het acceptatieplan van opdrachtgever maar ook dat wordt in beide uitspraken niet vermeld) via acceptatie (par. 22 en 23 UAV-GC).

4. Volgens opdrachtgever is par. 15 lid 3 sub a UAV-GC van toepassing: het Plan van Aanpak (althans de aanbieding) is ingevolge art. 5 lid 2 van de overeenkomst onderdeel geworden van de overeenkomst en de inhoud daarvan geldt nu als 'eisen opgenomen in de Overeenkomst' als in die paragraaf bedoeld. Omdat par. 15 lid 4 UAV-GC bepaalt dat opdrachtgever in dat geval een verzoek zonder opgaaf van redenen kan weigeren valt er volgens opdrachtgever niets te beoordelen door arbiters.

5. In eerste aanleg volgden arbiters nog een andere redenering en vonden dat par. 15 lid 3 sub c UAV-GC van toepassing is, omdat het VO beschouwd zou moeten worden als een geaccepteerd document. Ook par. 15 lid 3 sub c UAV-GC verlangt van opdrachtgever dat die het verzoek beoordeelt aan de hand van de 'bepalingen van de Overeenkomst'. Uit de UAV-GC wordt niet duidelijk of en zo ja welk verschil beoogd wordt tussen 'eisen' (lid 3 sub a) en 'bepalingen' (lid 3 sub c). Volgens arbiters in eerste aanleg geldt geval 'c' omdat 'eisen opgenomen in de Overeenkomst' alleen van opdrachtgever zelf afkomstig zouden zijn (ro. 19). Die uitleg wordt verder niet toegelicht aan de hand van de tekst van de UAV-GC of de toelichting daarop.

6. Appellarbiters kiezen evenwel voor de uitleg van opdrachtgever dat het door aannemer voorgestelde ontwerp wordt verheven tot 'eis'.

Onvolkomenheden in overeenkomst en UAV-GC

7. Dit geschil wordt veroorzaakt door het feit dat de opdrachtgever heeft gekozen voor een opzet die afwijkt van de opzet van de UAV-GC. Volgens de opzet van de UAV-GC stelt opdrachtgever een programma van eisen, een voorlopig of een definitief ontwerp op, en zet de opdrachtnemer de resterende stappen om te komen tot uitvoering van het ontwerp. Zijn ontwerp wordt beoordeeld via toetsing (par. 20 UAV-GC) en andere stukken (voor zover vereist in het acceptatieplan van opdrachtgever via acceptatie; par. 22 en 23 UAV-GC). De opdrachtnemer draagt het volledige risico voor de uitwerking van de stukken maar heeft het recht zijn stappen te herzien (par. 15 lid 1 UAV-GC).

8. Voor de stelling van opdrachtnemer dat zijn voorlopig ontwerp herzien kan worden zijn op grond van de UAV-GC het Toetsingsplan ontwerpwerkzaamheden of het Acceptatieplan van belang, die de opdrachtgever op grond van art. 11 respectievelijk 12 van de Basisovereenkomst UAV-GC moet opstellen. Wat er in die plannen staat is in beide uitspraken niet vermeld en daardoor ontbreekt een stap in de redenering. Voor de bepaling van de juiste uitkomst van dit geschil zijn echter nog enkele bepalingen van belang die in beide uitspraken niet worden vermeld.

9. Voor de beoordeling van het standpunt van opdrachtgever dat het plan van aanpak onderdeel is geworden van de overeenkomst en dat heroverweging van een ontwerpstep niet meer mogelijk is, is van belang de laatste zin van art. 3 lid 2 van de model-basisovereenkomst van de UAV-GC.² Die luidt dat, wanneer de kwaliteit van de aanbidding hoger is dan de gevraagde kwaliteit in de vraagspecificatie, de aanbidding prevaleert. Die regeling staat discussie toe over de vraag of de kwaliteit van een onderdeel van de aanbidding hoger is dan een eis uit de vraagspecificatie; de discussie die opdrachtnemer wilde voeren en die par. 15 lid 4 UAV-GC juist verhindert. Deze stap had in de redenering van appelarbiters evenmin mogen ontbreken, zeker in het licht van de tekst van de onderhavige overeenkomst.

10. De overeenkomst die de onderhavige opdrachtgever had opgesteld vermeldt in art. 5 lid 2 namelijk dat het plan van aanpak als voorlopig ontwerp wordt beschouwd. Zoals hiervoor toegelicht wijkt die opzet af van de UAV-GC, maar die kwalificatie sluit bovendien niet aan op de opdracht in diezelfde bepaling om niet het PVA/VO maar de 'vraagspecificatie' uit te werken tot 'uitvoeringsontwerp'. De tekst van overeenkomst en UAV-GC laat dus ruimte voor ten minste twee interpretaties, zodat de opdrachtgever een onduidelijke ontwerp-instructie heeft verstrekt.

Welke uitlegregel dient te worden gehanteerd?

11. Onder de UAV 2012 had onder die omstandigheden een beroep op de laatste zin van par. 2 lid 4 voor de hand gelegen: tegenstrijdigheden in de overeenkomst (in de UAV: het bestek) worden in beginsel ten nadele van de opsteller uitgelegd. In de UAV-GC (art. 3 lid 4 Basisovereenkomst) is die *contra proferentem* regel om onduidelijke redenen beperkt tot alleen de vraagspecificatie en de annexen. Die omstandigheid staat niet in de weg aan toepassing van deze algemene uitlegregel (zie HR 28 april 1989, NJ 1990, 583) en dat hebben appelarbiters blijkens ro. 66 ook overwogen als 'in beginsel' de aangewezen uitkomst. Helaas hebben zij het daar niet bij gelaten, met argumenten die mij niet overtuigen (zonder overigens te kiezen voor een andere uitlegmethode). Toepassing van deze uitlegregel bij onduidelijkheden in overeenkomsten die via een openbare aanbesteding tot stand zijn gekomen acht ik de meest gepaste methode.³ Ook in de UNIDROIT Principles, de Principles of

European Law on Service Contracts en de Design Common Frame of Reference wordt deze uitlegregel voorgeschreven in het geval een der partijen de overeenkomst heeft gedicteerd of daarop overwegende invloed gehad.⁴ In nogal wat rechtspraak over overeenkomsten die zijn tot stand gekomen door een openbare aanbesteding zien men toepassing van de zogenoemde CAO norm, die taalkundige uitleg gebiedt.⁵ Deze uitlegregel wordt veelal gehanteerd in geschillen over aanbestedingen, en de regel zou dan doorwerken in overeenkomsten die voortvloeien uit een aanbesteding. Deze keuze wordt meestal gemotiveerd als reactie op de stelling dat de overeenkomst dient te worden uitgelegd op basis van de bedoelingen van partijen, sinds het Haviltex-arrest, en een typische twee-partijennorm sluit inderdaad niet aan bij een aanbesteding.⁶ Wanneer evenwel sprake is van een onduidelijke bepaling staat niets aan toepassing van de *contra proferentem* regel in de weg, die immers eveneens taalkundig van aard is en bovendien veelvuldig wordt toegepast (en zelfs wettelijk is voorgeschreven) in gevallen waarin de opsteller van de overeenkomst zich richt op meerdere wederpartijen (namelijk bij consumentenovereenkomsten).⁷ In zijn arrest van 5 april 2013 (*Lundiform/Mexx*) wijst de Hoge Raad er nog op dat taalkundige uitleg juist niet voor de hand ligt wanneer partijen over een overeenkomst niet hebben onderhandeld en de overeenkomst is opgesteld door (de juridische afdeling van) een der partijen.⁸

12. Maar ook bij hantering van andere contextuele uitlegregels (die ook als taalkundig kunnen worden aangemerkt⁹) lijkt de door appelarbiters gevolgde redenering onjuist, zoals blijkt uit het volgende.

13. Arbiters hechtten veel waarde aan het standpunt van de opdrachtgever dat hij zijn keuze voor deze aannemer had gebaseerd op het aangeboden ontwerp. Wanneer de aannemer de aanbesteding juist zou hebben gewonnen op basis van dit onderdeel van het Plan van Aan-

⁴ Art. 4.6; 5:103 resp. II 8:103. Andere uitlegregels, zoals de Haviltex-methode of de cao norm veronderstellen andere constellaties. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/373-375. Voor toepassing van de *contra proferentem* regel buiten het consumentenrecht zie Hof Den Bosch 24 april 2014, ECLI:NL:GHSR:2014:1195.

⁵ Door de Hoge Raad overigens aanzienlijk genuanceerd in HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101.

⁶ Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 15 juni 2010; ECLI:NL:GHARN:2010:BM8441 en Hof Den Bosch 3 december 2013; ECLI:NL:GHSHE:2013:5889; alsmede ook de hierna te noemen kort geding vonnissen over de N261, en onlangs Rb. Limburg 19 februari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:1392.

⁷ Zie art. 6:238 lid 2 BW voor consumentenovereenkomsten, waarvan de inhoud eveneens door een der partijen wordt bepaald en onlangs HR 16 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:83.

⁸ Zie noot 4 hiervoor. Ook in het arrest van 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024 (*Vodafone*) wees de Hoge Raad een zuiver taalkundige uitleg af bij beoordeling van een gewone commerciële overeenkomst. Het lijkt erop dat de Hoge Raad sterk blijft hechten aan het (normatieve) kader van de zin die partijen redelijkerwijs aan een bepaling mochten toekennen, buiten de specifieke context van cao overeenkomsten en dergelijke.

⁹ Zoals bijvoorbeeld de art. 4.3, 4.4 en 4.5 uit de catalogus van de UNIDROIT uitlegregels, die geen aansluiting zoeken bij partij-bedoelingen maar gericht zijn op consistentie, zoals ook de navolgende analyse. De veronderstelling dat uitsluitend taalkundige uitleg mogelijk is berust op een denkfout, zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/371.

² Verondersteld dat die bepaling ongewijzigd is in de onderhavige overeenkomst.

³ R.G.T. Bleeker, 'Contractsdwang en rechtsbescherming', BR 2003, p. 773 e.v.

pak zou de vraag opkomen of sprake zou kunnen zijn van een wezenlijke wijziging die niet is toegestaan (zie art. 72 van de nieuwe richtlijn 2014/24/EU; de kwestie van een mogelijke wezenlijke wijziging in aanbestedingsrechtelijke zin is in de overwegingen van beide scheidsgerichten overigens niet betrokken).¹⁰ In deze zaak heeft (voor zover uit de vonnissen blijkt) aannemer onbetwist gesteld dat het Plan van Aanpak 'een relatief beperkt aantal punten' opleverde en heeft opdrachtgever niet gesteld dat vijzelpomp en centrifuge een belangrijke rol hebben gespeeld in de aanbesteding (ro. 50 en 51). Onder die omstandigheden is de rol van het ontwerp in de aanbesteding geen reden een aannemer te beletten zijn ontwerp te herzien (en voor zover het ontwerp een grotere rol heeft gespeeld gelden onverkort de hiervoor en hierna aangevoerde bezwaren). In dit geval lijkt dat ook slechts gedeeltelijk aan de orde te zijn: opdrachtgever heeft aannemer uiteindelijk toch toegestaan de vijzelpompen (die al gekocht waren) te installeren (ro.19, maar het petium is niet gewijzigd; of daaraan financiële gevolgen zijn verbonden is niet vermeld). De zeefbandpers heeft de opdrachtgever echter niet toegestaan.

14. Daarmee komen we bij par.15 lid 4, dat de opdrachtgever toestaat om ongemotiveerd een afwijking van een contracteis te weigeren. De UAV 1989 bevatten een vergelijkbaar criterium ten aanzien van voorgeschreven bouwstoffen (par. 17). In de UAV 2012 is die bepaling genuanceerd door de toevoeging van een lid 5 dat een dergelijk verzoek niet op onredelijke gronden geweigerd kan worden. Die nuance zou in par. 15 lid 4 UAV-GC niet misstaan hebben. Arbiters in eerste aanleg hebben de conformiteit van de vijzelpompen overigens wel inhoudelijk getoetst (ingevolge par. 15 lid 3 sub c UAV-GC); met negatief resultaat, hetgeen opmerkelijk is omdat opdrachtgever later zelf instemde met installering van die pompen.

De beste uitkomst

15. Dat appellarbiters in de omstandigheden van dit geval doorslaggevend vinden dat het Plan van Aanpak deel uitmaakt van de overeenkomst heeft evenwel een keerzijde, die in het vonnis niet wordt belicht. De consequentie daarvan is dat mogelijke tekortkomingen in het VO ook zijn geïncorporeerd in de overeenkomst, en daarmee voor risico van opdrachtgever zijn gekomen. Sterker nog, door de ongelukkige redactie van par 14 UAV-GC kan opdrachtgever dit onderdeel van de aanbieding niet meer wijzigen: in par 14 lid 1 UAV-GC (waarin de stukken worden vermeld die opdrachtgever kan wijzigen) worden *wel* de andere contractdocumenten onderscheiden maar ontbreekt de aanbieding geheel. Waar toetsing van een ontwerpdocument in de UAV-GC procedure geen risico-overgang tot gevolg heeft (en opdrachtnemer tot aan oplevering instaat voor het voldoen aan de eisen van de overeenkomst) zou aanvaarding van het Plan van Aanpak in de redenering van appellarbiters wel tot

een dergelijke risico-overgang leiden. Deze consequentie lijkt mij in alle opzichten onverdedigbaar.

16. De redenering van arbiters in eerste aanleg sluit beter aan bij de opzet van de UAV-GC dat opdrachtnemer zijn ontwerp binnen de grenzen van de gestelde eisen kan bijstellen, ook wanneer dat door opdrachtgever getoetst of geaccepteerd is (waarbij acceptatie door middel van gunning scherp dient te worden onderscheiden van acceptatie op grond van het acceptatieplan via par 22 UAV-GC); zij het dat de algemene kwalificatie van de aanbieding als 'bepalingen van de Overeenkomst' in de zin van par 15 lid 3 sub c mij minder juist lijkt, al was het maar omdat die kwalificatie gebaseerd dient te zijn op het acceptatieplan, dat door geen van beide scheidsgerichten in de overwegingen is betrokken.¹¹

Impliciete aanvaarding

17. Nog een ander aspect van deze kwestie is de vraag of opdrachtgever zijn recht om het ontwerp te beoordelen op grond van de contracteisen kan verspelen door in te stemmen met verificatie- of keuringsplannen waaruit de later bestreden ontwerpkeuzes al konden worden afgeleid. In een eerdere uitspraak (RvA 10 oktober 2014, No. 35.055) hebben arbiters die vraag negatief beantwoord (ro. 21-23). In de onderhavige kwestie beriep aannemer zich op haar integraal ontwerp waaruit deze ontwerpkeuzes bleken maar dat ontwerp had volgens appellarbiters geen contractuele status (helaas zonder te verwijzen naar toetsings- of acceptatieplan waaruit dat zou moeten blijken; ro. 85). Daaraan valt toe te voegen dat de UAV-GC voorzien in facultatieve toetsing van ontwerpwerkzaamheden gekoppeld aan een niet-normatieve waarschuwingsplicht. Eerder wees ik erop dat die opzet in strijd is met de veronderstelling van een waarschuwingsplicht op basis van de redelijkheid en billijkheid (TBR 2014/114, p 606 e.v.). Daarmee is niet gezegd dat de opdrachtgever in dit geval gehouden kon worden het ontwerp reeds te hebben aanvaard.

Conclusie

18. Deze zaak draaide in essentie om twee tegenstrijdige uitgangspunten: opdrachtnemer ging uit van het UAV-GC systeem dat een ontwerpdocument altijd kan worden bijgesteld zolang aan de eisen uit de vraagspecificatie wordt voldaan. Opdrachtgever ging uit van het aanbestedingsresultaat en meende dat daarvan niet kon worden afgeweken. Ik meen dat de uitleg van opdrachtnemer van art. 5 lid 2 van de onderhavige overeenkomst beter past in het systeem van de UAV-GC en dat in de omstandigheden van dit geval de beslissing ten nadele van degene dient te komen die het meningsverschil heeft veroorzaakt. De oorzaak van het onderhavige geschil is immers dat de onderhavige opdrachtgever niet heeft volstaan met eisen in een vraagspecificatie of een eigen Voorlopig Ontwerp heeft opgesteld (zoals de UAV-GC veronderstellen), maar zelf een meng-

¹⁰ Met dit perspectief betreft men de positie van derden in de analyse, zoals verondersteld in de cao-uitlegregel. Art. 72 geeft een voor de praktijk hanteerbare uitwerking van de Presstext-rechtspraak (HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06).

¹¹ Zie over deze materie ook W.J.M. Herber, 'acceptatie of Acceptatie?' (TBR 2015/24).

vorm heeft bedacht zonder de status daarvan in termen van de UAVGC juist te definiëren. Het is niet de eerste keer dat een aannemer door een dergelijke opzet op het verkeerde been wordt gezet en heeft verondersteld dat het ontwerp na opdracht nog kan worden 'geoptimaliseerd'.¹²

19. Opdrachtgevers die een voorschot op het ontwerp in de vorm van een VO vragen wijken af van de UAVGC en daarmee van eis 3.9C van de Gids Proportionaliteit.¹³ Dat leidt tot een economisch probleem voorafgaand aan de aanbesteding (aannemers melden in de media niet de middelen te hebben om voor iedere aanbesteding groten-deels voor eigen rekening onderzoek te doen en ontwerpen

op te stellen¹⁴) maar ook na opdracht: de mogelijkheid om het ontwerp bij te stellen, welke mogelijkheid juist een van de voordelen van deze contractvorm zou moeten zijn, wordt door deze opzet sterk beperkt. Deze problemen worden niet veroorzaakt door de UAVGC maar door de aanvullende wensen van de opdrachtgever, waartegen een aannemer zich niet kan verzetten omdat de regels uitsluitend door de opdrachtgever worden bepaald. Die omstandigheid leidt ertoe dat opdrachtnemers wel de hoge risico's dragen die verbonden zijn aan een design & construct contract (en die zelfs de grootste bouwbedrijven in een klap de jaarwinst kunnen ontnemen) maar niet de voordelen kunnen behalen om die risico's af te dekken. De oplossing is dus dat wordt afgezien van deze opzet en dat de regels van de UAVGC worden gerespecteerd.

R.G.T. Bleeker

¹² Zie bijvoorbeeld Vrzgnr. Rb. Oost-Brabant 29 maart 2013, ECLI:NL:ROBR:2013:BZ6000 en Vrzgnr. Rechtbank Oost-Brabant 24 februari 2014, ECLI:NL:ROBR:2014:869.

¹³ Die gold in dit geval nog niet omdat de opdracht weliswaar na inwerkingtreding van de Aanbestedingswet was verstrekt maar de aanbesteding daarvoor had plaatsgevonden. Voor de proportionaliteit van de eis maakt dat natuurlijk niet uit.

¹⁴ Laatstelijk *Cobouw* 17 maart 2015, bovendien met kritiek van de voorzitter van de Raad van Bestuur van een van de grote bouwbedrijven op de afwijkingen van de UAVGC. Zie daarover ook de hoogleraren Priemus en De Ridder in het *Financieel Dagblad* van 20 maart 2015.

TBR 2015/67

Raad van Arbitrage voor de Bouw 3 februari 2015, No. 71.940 (Overschrijding verrekenbaar gestelde hoeveelheid af te voeren grond)

(Mr. J.J.I. Verburg, ir. J. van Keulen en ing. L.G.M. Verbart)

UAV '89: par. 29, par. 35, par. 36, par. 39, par. 45, par. 47; BW: art. 6:119 BW

Sanering en bouw- en woonrijp maken. RAW bestek. Overschrijding verrekenbaar gestelde hoeveelheid af te voeren grond. Afwijkende samenstelling van de grond. Hogere residuwaarde:

Met gastnoot W.J.M. Herber¹

De gronden van de beslissing De bevoegdheid en de ontvankelijkheid

5. De bevoegdheid van appelarbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast.

6. De memorie van grieven is binnen drie maanden na datum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de Raad, zodat aanneemster in zoverre ontvankelijk is in haar appel.

Het geschil in eerste aanleg

7. Tussen partijen is een geschil ontstaan naar aanleiding van een door opdrachtgeefster aan aanneemster verstrekte opdracht voor de sanering en het bouw- en woonrijp maken van een perceel grond locatie B. te X.. De hoeveelheid af te voeren grond bleek hoger dan het bestek aangaf. Daarnaast bleek de gemiddelde residuwaarde hoger te zijn dan waarop aanneemster had gerekend. In eerste aanleg vorderde aanneemster vergoeding van meerkosten van € 701.088,54 op grond van paragraaf 36 UAV 1989 (bestekswijziging) en subsidiair op grond van paragraaf 47 UAV 1989 (kostenverhogende omstandigheden), te vermeerderen met wettelijke handelsrente, buitengerechtigde incassokosten en expertisekosten.

8. Arbiters in eerste aanleg hebben de vorderingen van aanneemster afgewezen en aanneemster veroordeeld in de kosten van de procedure.

De vordering in hoger beroep

9. Aanneemster concludeert (na vermindering van eis bij pleidooi) onder aanvoering van tien grieven:

Bij scheidsrechterlijk vonnis, voor zover mogelijk met aanvulling van de rechtsgronden, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, het scheidsrechterlijk vonnis van 14 februari 2014 met nummer 34.183 te vernietigen en opnieuw rechtdoende, de gemeente te veroordelen, tegen behoorlijk bewijs van kwijting, binnen vijf dagen na betekening van het te wijzen vonnis in hoger beroep aan aanneemster te betalen een bedrag van € 337.385,61, te ver-

¹ Pim Herber is als adviseur en docent bouwrecht werkzaam bij Juridisch management B.V. in Houten.