

TBR 2018/109

Raad van Arbitrage voor de Bouw 16-2-2018, No. 35.734, (De reikwijdte van de ontwerpverantwoordelijkheid van de Opdrachtnemer onder de UAV-GC 2005)

(Mr. F.B. Falkena, ir. C.P.C. Flipse en ir. H.M.A. Van den Berg)

UAV GC-2005: par. 3, par. 4, par. 13, par. 14, par. 44, par. 45; BW: art. 6:96; Rv: art. 241

Uitgangspunten UAV-GC 2005. Ontwerpverantwoordelijkheid. Risico. Reikwijdte. Resultaatsverplichting. Inspanningsverplichting:

Met gastnoot G.L. Weerheim, J.M. Henriquez^[1], Red.*De gronden van de beslissing**In conventie en in reconventie**De bevoegdheid*

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

Verzoek tot reactie op akte uitlating productie aanneemster van 22 september 2017

6. Bij brief van 20 september 2017 van de secretaris is aanneemster desgevraagd door het scheidsgerecht in de gelegenheid gesteld te reageren op de door opdrachtgeefster (niet eerder) in het geding gebrachte productie 194, waarbij namens het scheidsgerecht is opgemerkt dat de inhoud van laatstgenoemde productie niet in de oordeelsvorming kan worden betrokken, indien de wederpartij (aanneemster) niet in de gelegenheid zou worden gesteld hierop te reageren.

7. Opdrachtgeefster heeft vervolgens verzocht om in de gelegenheid te worden gesteld zich uit te laten op de door aanneemster te geven reactie.

8. De secretaris heeft partijen daarop bericht dat het scheidsgerecht eerst na bestudering van de door aanneemster te geven reactie op het verzoek van opdrachtgeefster zal beslissen.

9. Op 22 september 2017 heeft aanneemster bij akte (één A4-tje zonder producties) gereageerd op productie 194.

10. Bij brief van 20 oktober 2017 is partijen bericht dat het scheidsgerecht in raadkamer tot het oordeel is gekomen dat opdrachtgeefster niet meer in de gelegenheid zal worden gesteld te reageren op de akte van aanneemster van 22 september 2017 en dat de motivering van die beslissing te lezen zal zijn in het door het scheidsgerecht te wijzen vonnis.

11. Het scheidsgerecht overweegt dat de akte van aanneemster van 22 september 2017 geen nieuwe feitelijke stellingen en ook overigens geen nieuwe gezichtspunten bevat ten opzichte van de door haar in de stukken en tijdens de mondelinge behandeling reeds uitvoerig ingenomen en toegelichte stellingen waarop opdrachtgeefster al eerder - eveneens uitvoerig - inhoudelijk heeft gereageerd. Naar het oordeel van het scheidsgerecht heeft voldoende hoor en wederhoor plaatsgevonden en is door haar in de brief van 20 oktober 2017 genomen beslissing ook geen ander beginsel van behoorlijke procesorde geschonden.

Enkele feiten

12. Tussen partijen staat onder meer het volgende vast:

- a. Bij openbare aankondiging van 13 april 2012 heeft opdrachtgeefster de Europese niet-openbare aanbesteding bekend gemaakt van de opdracht 'Realisatie B. (engineer & build)', verder te noemen 'het werk'.
- b. De aanbestedingsprocedure heeft opdrachtgeefster beschreven in de Gunningsleidraad van 25 april 2012 met (technische) bijlagen.
- c. Voorafgaand aan de aanbesteding heeft opdrachtgeefster vier nota's van inlichtingen verstrekt.
- d. In de Gunningsleidraad is onder meer het volgende vermeld:

'4.1 Inleiding

C. is een monument en onderdeel van de D..

(...)

Het C. is aangewezen als plek waar het B. moet verrijzen. In de cultuurhistorisch belangrijke D. wordt met grote aandacht gekeken naar de kwaliteit van de nieuw toe te voegen bebouwing.

(...)

Naast een geringe transformatie en gedeeltelijke restauratie van de E. zal de nieuwbouw van het B. achter de E. gerealiseerd worden in een uit te graven ruimte. Na ontgraving van het grondlichaam achter de E. wordt de nieuwbouw gerealiseerd. Met uitzondering ter plaatse van de twee patio's wordt het grondlichaam boven de nieuwbouw hersteld. In de grote patio wordt een levensgrote maquette van de D. aangebracht. De engineering, de volledige technische uitwerking, het realiseren van de nieuwbouw, de restauratie/transformatie van de huidige E. en de aanleg van de inundeerbare maquette maken deel uit van deze uitraag.

4.2 Engineering & Build

De opdracht wordt aanbesteed volgens de methodiek engineer&build. Hiermee wordt beoogd de markt te stimuleren innovatieve en creatieve aanbiedingen te doen alsmede verantwoordelijkheid te nemen voor de uitvoerbaarheid van het ontwerp. Het Definitief Ontwerp - welke bij de Gunningsleidraad is gevoegd - is leidend bij dit werk. Onder toezicht van F. en de provincie in de rol van directievoering wordt de technische uitvoering en bouw door de Opdrachtnemer verricht. Op het niveau van de technische uitwerking is er ruimte voor onderzoek. De nadere detaillering van het werk en het opstellen van het bestek en besteks- of werktekeningen maakt ook onderdeel uit van de engineering. Opdrachtnemer is verantwoordelijk voor zowel de volledige engineering als de volledige bouw van het werk, inclusief alle bijkomende werkzaamheden.

4.3 Tekeningen

Architectenbureau F. heeft het volledig Definitief Ontwerp, inclusief alle ontwerptekeningen, details, kozijnstaat, technische omschrijving en ruimtestaat, installatietekeningen, constructieve berekeningen en tekeningen vastgelegd in bijgevoegd tekeningenpakket. Onderdeel van het Definitief Ontwerp vormen eveneens de producten van G. en H. (zie Bijlage A t/m D).

(...)

4.15 Van toepassing zijnde voorwaarden

De Uniforme Administratieve Voorwaarden van stichting CROW (juni 2005) voor geïntegreerde contractvormen (UAV-GC 2005) zijn van toepassing. Voor contractering zal de basisovereenkomst UAV-GC worden gehanteerd.

(...)

9.3 Prijs

(...)

De richtprijs voor de volledige werkzaamheden bedraagt 3,5 miljoen euro exclusief BTW (...).'

- a. Aanneemster heeft op het werk ingeschreven en diende bij haar inschrijving een Plan van Aanpak in en een inschrijfbiljet voor een aanneemsom van € 5.295.000,00.
- b. Bij brief van 23 juli 2012 berichtte opdrachtgeefster aan de inschrijvers dat alle inschrijvers de door haar vastgestelde richtprijs van € 3.500.000,00 ruim hadden overschreden.
- c. Opdrachtgeefster heeft daarop besloten een aantal wijzigingen in het DO op te nemen, welke wijzigingen zijn verwerkt in het DO F. door middel van 'wijziging A 18 juli 2012' (productie 10) en zijn toegelicht in een nota van wijzigingen (productie 11).
- d. In de vijfde nota van inlichtingen van 24 augustus 2012 is vermeld dat in plaats van € 3.500.000,00 een richtprijs van € 4.500.000,00 wordt aangehouden.
- e. Aanneemster heeft vervolgens een gewijzigde aanbidding gedaan van € 4.660.000,00 exclusief btw.
- f. Bij brief van 25 september 2012 berichtte opdrachtgeefster aanneemster dat zij de meest voordelige aanbidding had ingediend en maakt zij een voornemen tot gunning bekend.
- g. Op 23 oktober 2012 heeft opdrachtgeefster het werk definitief gegund aan aanneemster.
- h. In de, door partijen niet ondertekende, Basisovereenkomst (met bijbehorende UAV-GC 2005) waarin partijen de door hen gesloten aannemingsovereenkomst hebben vastgelegd, is met betrekking tot de door opdrachtgeefster opgestelde Vraagspecificatie het volgende vermeld:
'onder Vraagspecificatie in deze Overeenkomst dient te worden verstaan het definitief ontwerp bouwkundig, technische installaties, constructie en EPC-berekeningen, zoals omschreven in bijlage A tot en met E van de gunningsleidraad (...) plus alle van toepassing zijnde onderzoeksresultaten en protocollen, zoals vermeld in bijlage F tot en met J van de gunningsleidraad'.
- i. De tussen partijen (nader) overeengekomen opleveringsdatum is 22 april 2014.
- j. Op 10 april 2015 heeft een opneming van het werk plaatsgevonden. Van deze opneming is een verslag opgemaakt met het opschrift 'opleverrapport'. Dit verslag is door beide partijen ondertekend.
- k. Opdrachtgeefster heeft geen beroep gedaan op het door partijen overeengekomen boetebeding (€ 5.000,00 per dag met een maximum van € 500.000,00).
- l. Tussen partijen is een geschil ontstaan over de eindafrekening van het werk en de kwaliteit van het door aanneemster uitgevoerde werk.
- m. Op 14 maart 2017 heeft opdrachtgeefster een verzoek tot spoedplaatsopneming gedaan.

n. De spoedplaatsopneming heeft plaatsgevonden op 4 april 2017.

Het geschil in conventie en reconventie

Standpunt aanneemster in conventie

13. In de Gunningsleidraad heeft opdrachtgeefster toegelicht dat zij voor alle onderdelen van het werk een definitief ontwerp (DO) heeft doen opstellen, onder meer op basis van de rapporten van G. en berekeningen van haar constructeur H.. Bij het opstellen van het uitvoeringsontwerp (UO) door aanneemster bleken diverse onderdelen van het DO te moeten worden gewijzigd. Deze wijzigingen hadden belangrijke gevolgen voor de kosten en de uitvoeringsduur van het werk.

14. Enkele van die wijzigingen zijn door opdrachtgeefster erkend en betaald, maar ten aanzien van de volgende aanspraken van aanneemster, ten bedrage van in totaal € 2.355.231,61, hebben partijen geen overeenstemming kunnen bereiken. Het betreft de volgende aanspraken:

I. DO wijzigingen	€ 599.745,50*
II. Kosten naar aanleiding van de mock up	€ 624.216,13
III. Langere uitvoeringsduur	€ 992.399,54
IV. Overige kosten	+ € 138.870,4
	€ 2.355.231,61

* (€ 396.629,61 [AWR 50] + € 48.156,48 [AWR 44] + € 75.948,60 [AWR 55] + € 22.796,40 [AWR 56] + € 56.214,41 [AWR 63] = € 599.745,50)

(...)

58. Aan deze op de opdrachtnemer (aanneemster) rustende verantwoordelijkheden is inherent dat inschrijvers een grondige analyse maken van het DO. Voor het kunnen doen van een inschrijving dienen zij immers een goed beeld te hebben van de oplossingsrichtingen, alsmede van de aard en omvang van de werkzaamheden gemoeid met het uitwerken en de realisatie van het DO op basis van deze oplossingsrichtingen. Dat inschrijvers zijn gehouden tot een dergelijke analyse volgt ook uit (de toelichting op) paragraaf 4 lid 7 UAV-GC.

59. Een en ander brengt met zich dat indien een inschrijver verzuimt om een grondige analyse te maken van het DO en/of opteert voor inefficiënte c.q. kostbare oplossingsrichtingen, de gevolgen daarvan - in geval van gunning van de opdracht - voor zijn rekening komen. Datzelfde geldt in geval van fouten in de engineering en/of realisatie van het werk.

60. Op 9 juli 2012 heeft aanneemster ingeschreven met een aanneemsom van € 5.295.000,00. Uit het door aanneemster met het oog op de kwalitatieve criteria opgestelde Plan van Aanpak, bleek dat zij zich

grondig had verdiept in het DO en dat voor haar duidelijk was welke ontwerp-/engineeringswerkzaamheden zij moest verrichten.

61. Bij brief van 23 juli 2012 heeft opdrachtgeefster de inschrijvers geïnformeerd dat bij de beoordeling van de inschrijvingen is gebleken van een ruime overschrijding van de in de Gunningsleidraad genoemde richtprijs van € 3.500.000,00 en dat opdrachtgeefster met het oog op kostenreductie heeft besloten tot een aantal wijzigingen in het DO. Deze wijzigingen zijn verwerkt in het DO F. door middel van 'wijziging A 18 juli 2012' (productie 10) en zijn toegelicht in een nota van wijzingen (productie 11). Bij deze wijzigingen gaat het om schoon beton werk (waarbij de mogelijkheid tot optimaliseren nog verder is verruimd op het punt van de dikte en de wijze van storten van de schoonbeton wanden), de oudbouw, de stalen spiltrap in de oudbouw, de verwarmingsinstallatie en de bouwplaatsinrichting. Op 17 september 2012 heeft aanneemster ingeschreven met een aangepaste aanneemsom van € 4.660.000,00 exclusief btw. Uit het betreffende inschrijfbiljet blijkt dat die aanneemsom voor 25% uit staartkosten bestaat. Dit hoge percentage suggereert dat aanneemster bij de berekening van haar aanneemsom nadrukkelijk rekening heeft gehouden met mogelijke risico's in de ontwerp en uitvoeringssfeer. In het geval van een UAV-GC contract is een percentage tussen de 15 en 20% gebruikelijk.

(...)

De beoordeling van het geschil in conventie en in reconventie

Inleidende overwegingen

111. Arbiters overwegen dat paragraaf 3 lid 1 UAV-GC 2005 bepaalt dat opdrachtgeefster ervoor zorgt dat aanneemster tijdig beschikt over alle informatie waarover opdrachtgeefster beschikt, voor zover het ter beschikking stellen daarvan noodzakelijk is om aanneemster in staat te stellen het werk conform de overeenkomst te realiseren. Lid 2 bepaalt dat opdrachtgeefster verantwoordelijk is voor de inhoud van alle informatie die door haar aan aanneemster ter beschikking is gesteld en lid 3 maakt opdrachtgeefster verantwoordelijk voor de inhoud van de Vraagspecificatie, na de totstandkoming van de overeenkomst, eventueel aangevuld en gewijzigd krachtens een wijziging in de zin van paragraaf 14 lid 1 UAV-GC 2005, voor de inhoud waarvan opdrachtgeefster volgens lid 4 ook verantwoordelijk is. Aanneemster moet volgens paragraaf 4 lid 1 de overeengekomen ontwerp- en uitvoeringswerkzaamheden zodanig verrichten dat het werk op de overeengekomen opleveringsdatum voldoet aan de uit de overeenkomst voortvloeiende eisen. Zij moet opdrachtgeefster volgens paragraaf 4 lid 7 schriftelijk waarschuwen als de Vraagspecificatie, de bijbehorende annexen, de basisovereenkomst, de ter beschikking gestelde informatie of een opgedragen wijziging klaarblijkelijk zodanige fouten bevatten of gebreken vertonen, dat zij in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou handelen als zij zonder waarschuwing bij het verrichten van werkzaamheden daarop zou voortbouwen.

112. Het uitgangspunt van de UAV-GC 2005 (UAV-GC) is naar het oordeel van arbiters dat

opdrachtgeefster informatie aan aanneemster verschaft van een diepgang naar eigen keuze. De opdrachtgever heeft flexibele mogelijkheden voor een actieve dan wel minder actieve en/of passieve betrokkenheid bij het project. Zij kan volstaan met een programma van eisen, maar kan ook het DO aanleveren. Dat laatste is in het onderhavige geval gebeurd. Die informatie is de basis voor aanneemster om een aanbidding te doen. Voor die informatie is opdrachtgeefster verantwoordelijk, hetgeen wil zeggen dat zij aansprakelijk is voor schade die uit fouten in die informatie voortvloeit. Uitsluitend indien die fouten zo klaarblijkelijk zijn dat aanneemster in strijd met de redelijkheid en billijkheid handelt door opdrachtgeefster niet voor die fouten te waarschuwen, wordt aanneemster aansprakelijk geacht voor de schadelijke gevolgen van het niet waarschuwen (paragraaf 4 lid 8 UAV-GC). Onvolkomenheden in de informatie die leiden tot fouten in de aanbidding kunnen onder omstandigheden aanleiding geven tot bijbetaling op grond van het bepaalde in paragraaf 44 lid 1 aanhef en sub b UAV-GC (behoudens het bepaalde in paragraaf 45 UAV-GC inzake wijzigingen door de opdrachtgever). Voor zover opdrachtgeefster heeft willen betogen dat in geval van toepasselijkheid van de UAV-GC aanneemster alle ontwerpverantwoordelijkheid en bijbehorende risico's draagt dan wel overneemt van opdrachtgeefster, is die opvatting in het algemeen - en ook in dit specifieke geval - naar het oordeel van arbiters onjuist.

113. Voor opdrachtgeefster is in beginsel geen andere rol weggelegd tijdens de uitvoering van het werk dan de in de overeenkomst vastgelegde toetsings- en acceptatiewerkzaamheden (artikel 11 en 12 Basisovereenkomst) op het juiste moment uit te voeren en beslissingen te nemen over door aanneemster voorgestelde wijzigingen in het werk.

114. Partijen hebben zich niet steeds naar deze uitgangspunten gedragen. Uit de stukken blijkt immers dat de architect en/of de directie zich regelmatig met de uitvoering bemoeide en (al dan niet in overleg met aanneemster) wijzigingen doorvoerde. Deze handelwijze past meer bij een traditioneel contract dan bij een geïntegreerd contract en dat kan ertoe leiden dat aanneemster niet meer ongeclausuleerd verantwoordelijk is voor het eindresultaat. Opdrachtgeefster heeft in dit verband nog betoogd dat aanneemster bij een UAV-GC contract de eisen uit de overeenkomst veel fundamenteeler moet analyseren dan bij andere contracten, omdat zij zelf een 'oplossingsrichting' zou moeten kiezen. Voor zover dit uitgangspunt al in zijn algemeenheid juist zou zijn, hetgeen aanneemster gemotiveerd betwist, geldt dat opdrachtgeefster zelf stelt dat aanneemster zich blijkens haar Plan van Aanpak grondig had verdiept in het DO en dat voor haar duidelijk was welke ontwerp-/engineeringswerkzaamheden zij moest verrichten (zie r.o. 60). Van een tekortkoming van aanneemster op dit punt is arbiters dan ook niet gebleken. De stelling dat aanneemster een bij UAV-GC contracten ongebruikelijk percentage aan staartkosten zou hebben gehanteerd, wordt niet door arbiters onderschreven.

115. Voorts geldt dat sprake is van een ontwerp dat bijzonder is en tegelijkertijd complex en risicovol van aard. Het onderhavige ontwerp betreft immers het koppelen van een historisch gebouw (robuust met

waterbouwkundig karakter) aan een nieuw gebouw, subtiel ingepast in de omgeving maar niet gebruikelijk vormgegeven met sprekende golvende/gebogen glas- en beton elementen en dan nog deels boven en deels onder de grond. Beide partijen zijn zich van de complexiteit en de risico's van het ontwerp bewust geweest. Arbiters zijn van oordeel dat dit aspect, bezien in samenhang met de hiervoor in r.o. 114 overwogen regelmatige bemoeienis namens opdrachtgeefster bij de uitvoering, aanleiding geeft tot het oordeel dat een (eventuele) te late mededeling als bedoeld in paragraaf 44 lid 2 UAV-GC of waarschuwing als bedoeld in paragraaf 4 lid 7 UAV-GC niet zonder meer kan meebrengen dat kosten als gevolg van onvolkomenheden in het DO ten laste dienen te komen van aanneemster. Dit op grond van de aard van de overeenkomst, het systeem van de UAV-GC en de eisen van redelijkheid en billijkheid.

116. Tenslotte overwegen arbiters dat, gelijk aanneemster stelt, zowel paragraaf 44 als paragraaf 45 UAV-GC recht geven op 'een redelijke opslag voor algemene kosten winst en risico'.

117. Met inachtneming van voormelde overwegingen, gaan arbiters thans over tot bespreking van de vorderingen in conventie en reconventie.

Vordering in conventie (bedragen telkens exclusief btw, tenzij uitdrukkelijk anders vermeld)

I. DO wijzigingen

Wapening (AWR 50, € 396.629,61)

118. Uit de stukken, in het bijzonder de in r.o. 29 genoemde stukken van Hageman, en het verhandelde ter zitting, is voldoende gebleken dat de door opdrachtgeefster opgegeven hoeveelheid wapening van circa 200 ton te laag (onjuist) was en dat er uiteindelijk 477 ton wapening is verwerkt. De inhoud van de hiervoor in r.o. 69 genoemde, door opdrachtgeefster gemotiveerd betwiste, stukken doet hier niet aan af.

119. Voorts is voldoende aannemelijk geworden dat bij de opgegeven indicatieve hoeveelheid wapening geen rekening was gehouden met wapening ten behoeve van detaillering en uitvoering (knipverliezen, overlappingslassen, extra wapening in verband met stortfasering etc.), dat opdrachtgeefster daarmee bekend was ten tijde van de aanbesteding, doch dit niet heeft medegedeeld aan aanneemster, hetgeen wel op haar weg had gelegen.

120. Naar het oordeel van arbiters stelt aanneemster dan ook terecht dat de door opdrachtgeefster verstrekte wapeningsindicatie in hoge mate onjuist was, dat opdrachtgeefster op grond van paragraaf 3 leden 1 en 2 UAV-GC daarvoor verantwoordelijk is en dat aanneemster recht heeft op bijbetaling (paragraaf 44 lid 1 aanhef en sub b UAV-GC). De op aanneemster rustende engineeringsverplichting leidt niet tot een ander oordeel. Voorts zijn arbiters van oordeel dat aanneemster de indicatieve opgave van de wapening niet op juistheid kon controleren, onder meer bij gebreke van (bij opdrachtgeefster beschikbare) gedetailleerde berekeningen die aan die opgave ten grondslag hebben gelegen. Ten aanzien van de onjuiste wapeningsindicatie rustte naar het oordeel van arbiters reeds daarom geen

waarschuwingsplicht op aanneemster, dit nog daargelaten de vraag of hier wel sprake is van een klaarblijkelijke fout of gebrek als bedoeld in paragraaf 4 lid 7 UAV-GC. Arbiters merken hierbij op dat, gelijk aanneemster stelt, de hier aan de orde zijnde aanspraak van aanneemster niet een verrekening betreft van een afwijking van een indicatieve hoeveelheid (welke verrekening partijen contractueel hadden uitgesloten), maar een beroep op het bepaalde in paragraaf 3 lid 1 en 2 UAV-GC.

121. Arbiters verwerpen het verweer van opdrachtgeefster dat de overschrijding van de indicatieve wapeningshoeveelheid kan worden verklaard door de door aanneemster gehanteerde 2D-modelberekening (in plaats van een 3D-modelberekening). Gelijk aanneemster onder verwijzing naar het rapport Hageman van 17 november 2015 stelt, zijn de verschillen in wapeningshoeveelheden naar het oordeel van arbiters slechts in beperkte mate te herleiden naar de verschillende berekeningsmethoden.

122. Mede gegeven de complexiteit van het hier aan de orde zijnde onderwerp, is arbiters niet gebleken dat aanneemster het AWR, althans het concept daarvan, laattijdig, althans niet met bekwame speed, heeft ingediend.

123. Met betrekking tot de hoogte van de aan aanneemster toekomende kostenvergoeding overwegen arbiters het volgende.

124. Van de door opdrachtgeefster gestelde overschrijding van 277 ton wapening (477-200) is, naar tussen partijen niet in geschil is, een hoeveelheid wapening van 25 ton veroorzaakt door een aantal goedgekeurde DO wijzigingen. Aldus had aanneemster in ieder geval rekening dienen te houden met een hoeveelheid van 225 ton te verwerken wapening (200 + 25).

125. Laatstgenoemde hoeveelheid dient te worden vermeerderd met 10%, zijnde het percentage dat bij overschrijding van indicatieve hoeveelheden krachtens de onderhavige rechtsverhouding voor rekening van aanneemster komt. Dit resulteert in een hoeveelheid wapening van 247,5 ton (225 x 110%).

126. Daarnaast is voldoende aannemelijk geworden dat aanneemster ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de gebruikelijke, boven de opgegeven indicatieve hoeveelheid, benodigde krimpwapening. Voor deze wapening houden arbiters in billijkheid een toeslag van 40% aan. Dit komt neer op een hoeveelheid krimpwapening van 90 ton (225 x 40%) en een totale hoeveelheid wapening van 337,5 ton (247,5 + 90).

127. Uitgaande van een totale verwerkte hoeveelheid van 477 ton wapening is het verschil tussen de hoeveelheid te verwerken wapening waarmee aanneemster rekening had dienen te houden en de uiteindelijke hoeveelheid verwerkte wapening 139,5 ton (477 - 337,5).

128. Echter, in het rapport Hageman van 17 november 2015 wordt naar het oordeel van arbiters op goede gronden geconcludeerd dat voor aanneemster een verdere optimalisatie van 10% van de toegepaste

wapening mogelijk zou zijn geweest. De hoeveelheid van 477 ton dient dan ook gecorrigeerd te worden met 47,7 ton ($477 - 47,7 = 429,30$).

129. Derhalve bedraagt per saldo het hiervoor in r.o. 127 bedoelde verschil een hoeveelheid van $429,30 - 337,5 = 91,8$ ton.

130. Deze hoeveelheid dient te worden vermenigvuldigd met de tussen partijen niet in geschil zijnde kiloprijs wapening van € 1,22 per m³. Op grond hiervan komt aanneemster toe een bedrag van € 111.996,00 ($91.800 \times 1,22$). Dit bedrag dient nog vermeerderd te worden met de door arbiters redelijk geachte opslag voor algemene kosten (7%) en winst en risico (5%). Tot dit bedrag wordt deze aanspraak van aanneemster toegewezen. Aldus komt aanneemster toe € 125.827,51 ($€ 111.996,00 + € 7.839,72 + € 5.991,79 [€ 119.835,72 \times 5\%]$).

toewijzing: € 125.827,51

Ontgraven bouwput (AWR 44, € 48.156,48)

131. Gelijk opdrachtgeefster stelt, zijn arbiters van oordeel dat de tekening waarop aanneemster haar aanspraak baseert evident niet is bedoeld als werktekening voor het uitzetten van de bouwkuip, maar voor het in kaart brengen van ecologische zaken. Afwijzing van deze aanspraak volgt.

Extra ontwerpkosten (AWR 55, € 75.948,60)

132. Naar het oordeel van arbiters heeft aanneemster deze aanspraak tegenover de gemotiveerde betwisting van opdrachtgeefster inhoudelijk onvoldoende onderbouwd. In het bijzonder is niet gebleken dat aanneemster is geconfronteerd met extra ontwerpkosten als gevolg van wijzigingen in het DO. Voorts heeft aanneemster niet, althans onvoldoende, aangetoond dat deze kosten, zoals gebruikelijk, niet reeds zijn vergoed in andere goedgekeurde AWR-en. Deze aanspraak zal worden afgewezen.

Stekkenbakken (AWR 56, € 22.796,40)

133. Naar het oordeel van arbiters betrof het voorstel van aanneemster om de betreffende overgang van de wanden te realiseren door één vloerstort en daarin stekken te laten uitsteken (bij welke uitvoeringswijze geen stekkenbakken nodig zouden zijn) een aanvaardbare uitvoeringswijze. Nu het voorstel van aanneemster voortvloeide uit de op haar rustende verplichting tot het uitwerken van het DO, had de architect, die niet geconfronteerd wilde worden met een stortnaad, in redelijkheid geen bezwaar kunnen maken tegen de door aanneemster voorgestane werkwijze. Deze - aan opdrachtgeefster toe te rekenen - opstelling van haar architect strookt ook niet met de uitgangspunten van de UAV-GC. De gevolgen van de (onterechte) afwijzing door de architect komen naar het oordeel van arbiters voor rekening van opdrachtgeefster. Tenslotte geldt dat aanneemster voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de hier aan de orde zijnde stekkenbakken noodzakelijk waren om aan de wens van de architect om geen stortnaad te zien, tegemoet te komen. Weliswaar heeft aanneemster de kosten in een relatief laat

stadium kenbaar gemaakt, maar naar het oordeel van arbiters heeft zij in redelijkheid recht op bijbetaling als gevolg van de door de architect opgedragen wijziging, omdat voldoende aannemelijk is geworden dat de kosten onvermijdelijk waren en opdrachtgeefster de noodzaak van een en ander uit zichzelf had kunnen althans moeten begrijpen. Deze aanspraak, waarvan arbiters de hoogte redelijk voorkomt, wordt toegewezen.

toewijzing: € 22.796,40

Funderingsstroken (AWR 63, € 56.214,41)

134. Anders dan opdrachtgeefster stelt, blijkt uit de stukken wel degelijk van een door opdrachtgeefster voorgeschreven uitvoeringstechnische stortvolgorde, althans van een directieve aanwijzing inzake die stortvolgorde (In het DO staat bij het plaatje met de volgorde duidelijk dat het om acties gaat: letterlijk wordt bij elk nummer het woord 'storten' gebruikt). Voorts is voldoende aannemelijk geworden dat die stortvolgorde zou leiden tot instabiliteit van de wanden en dat als gevolg daarvan aanneemster genoodzaakt was van de stortvolgorde af te wijken met meerkosten tot gevolg. Dat de hier aan de orde zijnde kosten een gevolg zijn van het feit dat aanneemster het UO heeft uitgewerkt in een 2D model en niet in een 3D model is arbiters tegenover de gemotiveerde betwisting van aanneemster niet gebleken en arbiters achten dit ook niet aannemelijk. Mede bezien in het licht van het door aanneemster gedane, door de architect op 9 januari 2013 afgewezen, (deugdelijke) voorstel de instabiliteit op te lossen door middel van een plaatfundering (waarbij niet zou behoeven te worden afgeweken van de voorgeschreven stortvolgorde), zijn arbiters van oordeel dat deze aanspraak niet te laat is kenbaar gemaakt. Arbiters merken hierbij op dat opdrachtgeefster haar stelling dat bij toepassing van een plaatfundering zou worden afgeweken van het DO, niet althans onvoldoende heeft aangetoond. Voorts heeft aanneemster naar het oordeel van arbiters in redelijkheid recht op bijbetaling als gevolg van de door de architect opgedragen wijziging, omdat voldoende aannemelijk is geworden dat de extra kosten onvermijdelijk waren en dat opdrachtgeefster de gevolgen van die wijziging zelf had kunnen of moeten begrijpen. Deze aanspraak, waarvan arbiters de hoogte redelijk voorkomt, wordt toegewezen.

toewijzing: € 56.214,41

II. Kosten naar aanleiding van de mock up, uitstraling betonnen wanden en vloeren, AWR 60, € 624.216,13

135. Arbiters overwegen dat op grond van de stukken, zoals ter mondelinge behandeling nader toegelicht, voldoende aannemelijk is geworden dat het mock up proces ingewikkeld is geweest en veel inspanning van partijen heeft gevergd en daarmee tijd en geld. Dit blijkt ook uit de overschrijding van de stelpost.

136. Voorts is voldoende aannemelijk geworden dat ook de eisen die voortvloeiden uit het DO ten aanzien van het uiterlijk van de betonnen randen en vloeren door de architect inhoudelijk aanzienlijk zijn

gewijzigd, waardoor de kosten in niet geringe mate zijn gestegen. De enkele, door opdrachtgeefster gestelde, omstandigheid dat de betreffende specificaties in het DO voor bijna 100% voldoen aan de eisen van bijlage B van de CUR 100 doet hier niet aan af. Immers, de contractuele verplichting van partijen dient, gelijk aanneemster stelt, te worden gebaseerd op de projectspecificatie en de daarin vermelde eisen. De CUR 100 is bedoeld als eenduidige omschrijving van de esthetische beoordelingscriteria van schoonwerkbeton. Dat betekent niet dat opdrachtgeefster vrij is in het wijzigen van de oppervlakte structuur zonder verrekening van kosten. Als opdrachtgeefster kiest voor beton met een glad oppervlak, dan horen daar op basis van de CUR 100 een aantal maatregelen bij, die meegenomen moeten worden genomen in de prijs. Wanneer de structuur wijzigt in ruw/grof met uitgespoelde delen, dan horen daar weer andere maatregelen bij. Natuurlijk zijn dan de kosten van de gewijzigde bekisting en de gewijzigde maatregelen beiden verrekenbaar

137. Hoewel de exacte kosten van de hier aan de orde zijnde wijziging, onder meer bij gebreke van de relevante delen van de tenderbegroting van aanneemster, zich moeilijk laten begroten, achten arbiters het aannemelijk dat die kosten in ieder geval de omvang hebben gehad van de kosten zoals door aanneemster aangegeven in de AWR van 15 november 2013 (€ 348.387,43), met dien verstande dat arbiters de opslag uitvoeringskosten van 9% te hoog voorkomt. Arbiters stellen die toeslag in billijkheid vast op 5%.

138. Arbiters zijn van oordeel dat aanneemster de AWR van 15 november 2013 (productie 76) met voldoende bewakende spoed schriftelijk en gemotiveerd kenbaar heeft gemaakt (en ook overigens heeft voldaan aan de op haar rustende waarschuwingsplicht), dit mede gelet op het uit de stukken blijkende moeizame en langdurige mock up proces. In dit verband achten arbiters ook nog van belang dat opdrachtgeefster AWR 48 heeft geaccordeerd waarop de door aanneemster aangehaalde opmerking stond vermeld (zie r.o. 41). Dit kan in redelijkheid niet worden gezegd van het door aanneemster eerst op 21 augustus 2014 - en daarmee ruim een jaar na afronding van het mock up proces - ingediende AWR dat sluit op een bedrag van € 624.216,13. Arbiters laten laatstgenoemde AWR dan ook buiten beschouwing in verband met de laattijdige indiening daarvan.

139. Op grond van het vorenstaande komt aanneemster toe een bedrag van € 298.711,68 (€ 284.487,31 + € 14.224,37 [5% uitvoeringskosten]) + € 20.909,82 (7% algemene kosten) = € 319.621,50, vermeerderd met 5% winst & risico = € 335.602,58. Dit bedrag komt aanneemster toe.

toewijzing: € 335.602,58

III. Langere uitvoeringsduur, AWR 64, € 992.399,54

140. Arbiters overwegen dat aanneemster tegenover de gemotiveerde betwisting van opdrachtgeefster niet, althans onvoldoende, heeft aangetoond (a) door welke oorzaken geplande activiteiten ten opzichte van de voorgenomen uitvoering zijn vertraagd, (b) dat die stagnatieoorzaken kunnen worden

toegerekend aan opdrachtgeefster en (c) dat deze activiteiten kritiek waren voor alle opvolgende werkzaamheden en dus voor de realisatie van het gehele werk. In het bijzonder blijkt een en ander onvoldoende uit de door aanneemster overgelegde productie 53 (zie r.o. 44).

141. Daarnaast zijn arbiters van oordeel, gelijk opdrachtgeefster heeft aangevoerd, dat in de goedgekeurde AWR-en de eventuele stagnatiekosten dienen te zijn verdisconteerd in de prijs van die AWR-en.

142. Dat aanneemster met betrekking tot deze aanspraak heeft voldaan aan de op haar rustende waarschuwingsplichten (bijvoorbeeld door het aanvragen van een bouwtijdverlenging), is arbiters niet gebleken en evenmin van een met voldoende bekwame spoed schriftelijk en gemotiveerd kenbaar gemaakte aanspraak.

143. De juistheid van de stelling dat partijen buiten het specifieke AWR 98 in het algemeen de afspraak hebben gemaakt de kosten voor een langere uitvoeringsduur apart te verrekenen, heeft aanneemster tegenover de gemotiveerde betwisting van opdrachtgeefster niet aangetoond of aannemelijk gemaakt.

144. Dit specifieke onderdeel van de vordering zal worden afgewezen.

IV. Overige kosten € 138.870,44

145. Deze aanspraak is, gelijk opdrachtgeefster stelt (zie r.o. 85), niet van een deugdelijke onderbouwing voorzien. Daarnaast is deze aanspraak eerst bij verzoekschrift van aanneemster kenbaar gemaakt, zodat niet kan worden gezegd dat de kosten met voldoende bekwame spoed schriftelijk en gemotiveerd kenbaar zijn gemaakt. Afwijzing volgt.

V. Kosten van juridische en technische bijstand € 41.257,40

146. Aanneemster vordert vergoeding van deze kosten op grond van het bepaalde in artikel 6:96 lid 2 sub b BW. Gelet op de verhouding tussen de hier aan de orde zijnde kosten en de mate waarin de vorderingen van aanneemster zullen worden toegewezen, achten arbiters het niet billijk om de volledige kosten ten laste van opdrachtgeefster te laten komen. In redelijkheid kennen arbiters dan ook een bedrag van € 16.502,96 toe.

toewijzing: € 16.502,96

VI. Interne kosten € 160.730,00

147. Gelijk opdrachtgeefster stelt, kan aanneemster op grond van het bepaalde in artikel 6:96 lid 3 BW jo artikel 241 Rv geen aanspraak maken op vergoeding van interne kosten gemoeid met de voorbereiding van de gedingstukken en de instructie van de zaak. Daarvan is in ieder geval sprake bij de door aanneemster over 2016 en 2017 opgevoerde uren. Ten aanzien van de op de overige uren betrekking hebben kosten overwegen arbiters dat die kosten behoren tot het normale, op aanneemster rustende,

bedrijfsrisico en dat die kosten in redelijkheid niet voor rekening van opdrachtgeefster komen. De gevorderde interne kosten worden dan ook afgewezen.

Conclusie vordering in conventie

148. Aanneemster komt een bedrag toe van € 556.943,86 exclusief btw (€ 125.827,51 [r.o. 130] + € 22.796,40 [r.o. 133] + € 56.214,41 [r.o. 134] + € 335.602,58 [r.o. 139] + € 16.502,96 [r.o. 146]). Tot dit bedrag wordt het in hoofdsom gevorderde bedrag (van € 2.557.489,00) toegewezen.

149. Nu aanneemster, ondanks een op dit punt door opdrachtgeefster gevoerd verweer, heeft nagelaten om per AWR duidelijkheid te verschaffen vanaf welke datum zij aanspraak maakt op wettelijke rente, wijzen arbiters de gevorderde wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a BW toe met ingang van 3 maart 2016, zijnde datum van indiening van het verzoekschrift.

vordering in reconventie

Lekkages

150. Arbiters overwegen dat opdrachtgeefster aan de hand van het rapport Antea I, zoals ter mondelinge behandeling nader toegelicht, voldoende heeft aangetoond dat er sprake is van lekkages als gevolg van aan aanneemster toerekenbare uitvoeringsfouten. Deze uitvoeringsfouten hebben onder meer bestaan uit gebrekkig toegepaste dubbellaags EPDM, gebrekkig aangebrachte drainage, de aanwezigheid van grindnesten als gevolg waarvan een open verbinding is ontstaan tussen spouw en waterbuffer, ontbrekende sparingen voor de waterafvoer, onvoldoende fixatie van de dakbedekking, een ontbrekend dilatatieprofiel aan de buitenzijde van de betonwand, een ondeugdelijke verbinding van nieuwbouw op oudbouw en een ontoereikende afdichting kabeldoorvoeren. Dat er sprake is van lekkages als gevolg van aan opdrachtgeefster toerekenbare ontwerpkeuzes, is arbiters tegenover de gemotiveerde betwisting van opdrachtgeefster niet gebleken.

151. Voorts heeft opdrachtgeefster voldoende aannemelijk gemaakt dat zij aanneemster meermalen tevergeefs in de gelegenheid heeft gesteld (en heeft gesommeerd) de lekkages binnen een redelijke termijn te herstellen. Aldus heeft aanneemster niet voldaan aan de op haar rustende herstelverplichting en heeft opdrachtgeefster recht op vergoeding van herstelkosten door een derde.

152. Arbiters achten de door opdrachtgeefster opgevoerde kosten van herstel echter buitenproportioneel hoog. Opdrachtgeefster heeft die kosten, hoewel daartoe uitdrukkelijk in de gelegenheid gesteld, tegenover de gemotiveerde betwisting van aanneemster ook niet deugdelijk onderbouwd. Arbiters achten het door opdrachtgeefster als productie 193 overgelegde overzicht daartoe onvoldoende. In zoverre heeft opdrachtgeefster niet voldaan op de haar rustende stel- en bewijsplicht.

153. Gelet op de uit de stukkende blijkende aard en omvang van de benodigde herstelwerkzaamheden achten arbiters de door aanneemster gehanteerde benadering die - uitgaande van de door aanneemster

gehanteerde uitgangspunten voor de aanvankelijke opdracht - resulteert in een bedrag aan herstelkosten van € 250.168,52 realistisch. Rekening houdend met de omstandigheid dat opdrachtgeefster het herstel door derde(n) zal laten uitvoeren (en deels al heeft laten uitvoeren), begroten arbiters de herstelkosten in billijkheid op een bedrag van in totaal € 300.000,00. In dit bedrag is begrepen door opdrachtgeefster aan derde(n) te betalen btw.

toewijzing: € 300.000,00

Hang- en sluitwerk (deuren)

154. Ook deze, naar de onweersproken stelling van opdrachtgeefster reeds ten tijde van de oplevering gemelde, en nadien niet deugdelijk herstelde, klacht is terecht voorgesteld. Uit het als productie 148 overgelegde onderzoeksverslag van Gevelbeheer Nederland van 19 april 2017 blijkt voldoende dat het disfunctioneren van de deuren te wijten is aan uitvoeringsfouten, namelijk het ondeugdelijk bevestigen en afstellen van scharnieren in de bouwfase. Dat een en ander te wijten zou zijn aan gebrekkig onderhoud en/of onjuist gebruik van de deuren is niet aannemelijk geworden.

155. Opdrachtgeefster heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat zij aannemster meermalen tevergeefs in de gelegenheid heeft gesteld (en heeft gesommeerd) dit gebrek binnen een redelijke termijn te herstellen. Aldus heeft aannemster niet voldaan aan de op haar rustende herstelverplichting en heeft opdrachtgeefster recht op vergoeding van herstelkosten door een derde.

156. De hoogte van de door opdrachtgeefster gestelde herstelkosten van in totaal € 34.677,39 (zie r.o. 91 [exclusief kosten proefopstelling ad € 4.008,73, zie r.o. 171 en 173]) komt arbiters redelijk voor. In dit bedrag is begrepen door opdrachtgeefster aan derde(n) te betalen btw.

toewijzing: € 34.677,39

Sluisjes openlucht maquette

157. Voldoende aannemelijk is geworden dat RVS-sluisjes van een te lichte staalgroep toegepast zijn (A2 in plaats van A4). Dit betreft een aan aannemster toerekenbare uitvoeringsfout. Aannemster heeft niet aangetoond of aannemelijk gemaakt dat de gebreken een gevolg zijn van een ontwerpfout of van ondeugdelijk gebruik van de maquette door opdrachtgeefster.

158. De hoogte van de door opdrachtgeefster gestelde herstelkosten van in totaal € 18.198,41 (zie r.o. 92) komt arbiters redelijk voor. In dit bedrag is begrepen door opdrachtgeefster aan derde(n) te betalen btw.

toewijzing: € 18.198,41

Luchtbehandelingskokers

159. Arbiters overwegen dat opdrachtgeefster aan de hand van de rapporten Antea I en II, zoals ter mondelinge behandeling nader toegelicht, voldoende heeft aangetoond dat er sprake is van het door

haar gestelde gebrek aan de luchtbehandelingskokers (zie r.o. 93) als gevolg van aan aanneemster toerekenbare uitvoeringsfouten. Dat dit gebrek een gevolg is van het berijden van het terrein met zwaar materieel is geenszins aannemelijk geworden. Opdrachtgeefster heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat zij aanneemster meermalen tevergeefs in de gelegenheid heeft gesteld (en heeft gesommeerd) dit gebrek binnen een redelijke termijn te herstellen. Aldus heeft aanneemster niet voldaan aan de op haar rustende herstelverplichting en heeft opdrachtgeefster recht op vergoeding van de kosten van (het nog te verrichten) herstel door een derde. Arbiters komen hier verderop in het vonnis, in het kader van de gevorderde verklaringen voor recht, op terug.

Conclusie vordering in reconventie

160. De onder 1 en 2 gevorderde verklaringen voor recht zullen als na te melden worden toegewezen.

161. De onder 3 gevorderde verklaring voor recht is, in het bijzonder voor zover die verklaring ziet op de 'nog te maken kosten', naar het oordeel van arbiters te onbepaald en zal om die reden worden afgewezen.

Vordering onder 4 (zie r.o. 94)

162. De herstelkosten inzake de sluisjes van € 18.198,41 zullen worden toegewezen (zie r.o. 158).

163. Gelet op de discussie die tussen partijen is ontstaan met betrekking tot de wijze van herstel van de lekkage, is het begrijpelijk dat opdrachtgeefster een deskundige (Antea) heeft benaderd om haar van advies te dienen. De aanleiding tot het maken van de kosten kan derhalve naar het oordeel van arbiters als redelijk worden beschouwd. Ook de omvang van de kosten (€ 23.522,40) wordt redelijk geacht. De vordering zal dan ook worden toegewezen.

164. Opdrachtgeefster vordert vergoeding van juridisch advies ad € 51.082,88 op grond van het bepaalde in artikel 6:96 lid 2 sub b BW. Gelet op de verhouding tussen de hier aan de orde zijnde kosten en de mate waarin de vorderingen van opdrachtgeefster zullen worden toegewezen, achten arbiters het niet billijk om de volledige kosten ten laste van aanneemster te laten komen. In redelijkheid kennen arbiters dan ook een bedrag toe van € 30.649,73.

165. De overige gevorderde expertisekosten zullen worden afgewezen, omdat arbiters van oordeel zijn dat noch de redelijkheid van het maken van die kosten noch de redelijkheid van de omvang van die kosten arbiters is komen vast te staan.

166. Met betrekking tot de gevorderde interne kosten overwegen arbiters dat die kosten behoren tot het normale, op opdrachtgeefster rustende, bedrijfsrisico en dat die kosten in redelijkheid niet voor rekening van aanneemster komen. De gevorderde interne kosten zullen dan ook worden afgewezen.

167. De vordering onder 4 wordt derhalve toegewezen tot een bedrag van € 72.370,54 (€ 18.198,41 +

€ 23.522,40 + € 30.649,73), te vermeerderen met de gevorderde, door aanneemster niet specifiek weersproken, wettelijke rente ex artikel 6:119 BW daarover met ingang van 7 juni 2016 tot de dag der algehele voldoening.

Vordering onder 5 (zie r.o. 95)

168. De onder 5 gevorderde expertisekosten zullen worden afgewezen, omdat zowel van de redelijkheid van het maken van die kosten als van de redelijkheid van de omvang van die kosten arbiters onvoldoende is gebleken.

Vordering onder 6 (zie r.o. 96)

169. De gevorderde herstelkosten inzake het herstel van de lekkages zullen worden toegewezen tot een bedrag van € 300.000,00.

170. De door J., K. en L. gemaakte, door aanneemster niet specifiek betwiste herstelkosten inzake de als gevolg van de lekkages ontstane kortsluiting en uitval van installaties van in totaal € 25.443,72 (producties 166, 167 en 171) komen naar het oordeel van arbiters in redelijkheid voor toewijzing in aanmerking.

171. De kosten inzake de proefopstelling van het hang- en sluitwerk van € 4.008,73 zullen op dezelfde grond worden toegewezen.

172. De in het kader van dit onderdeel van de vordering gevorderde (overige) expertisekosten zullen worden afgewezen, omdat zowel van de redelijkheid van het maken van die kosten als van de redelijkheid van de omvang van die kosten arbiters onvoldoende is gebleken.

173. De vordering onder 6 zal derhalve worden toegewezen tot een bedrag van € 329.452,45 (€ 300.000,00 + € 25.443,72 + € 4.008,73), te vermeerderen met de gevorderde, door aanneemster niet specifiek weersproken, wettelijke rente ex artikel 6:119 BW daarover met ingang van 9 mei 2017 tot de dag der algehele voldoening.

Vordering onder 7 (zie r.o. 97)

174. De herstelkosten inzake het herstel van het hang- en sluitwerk van € 34.677,39 zullen worden toegewezen.

175. Met betrekking tot de in deze vordering begrepen kosten van herstel van lekkages geldt dat dienaangaande al is overwogen en beslist in het kader van vordering 6.

176. De vordering onder 7 zal derhalve worden toegewezen tot een bedrag van € 34.677,39, te vermeerderen met de gevorderde, door aanneemster niet specifiek weersproken, wettelijke rente ex artikel 6:119 BW daarover met ingang van 6 juni 2017 tot de dag der algehele voldoening.

Vordering onder 8

177. De vordering onder 8 is naar het oordeel van arbiters te onbepaald en zal om die reden worden afgewezen.

Uitvoerbaar bij voorraad verklaring/bankgarantie

178. Tegenover de gemotiveerde betwisting van aanneemster is arbiters onvoldoende gebleken dat aanneemster thans in zodanig 'zwaar financieel weer verkeert', dat opdrachtgeefster er recht en belang bij heeft dat het vonnis - voor zover dat ten gunste van aanneemster strekt - niet uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard, althans dat opdrachtgeefster eerst tot betaling is gehouden nadat aanneemster voldoende zekerheid heeft gesteld in de vorm van een bankgarantie. Dit specifieke onderdeel van de vordering zal daarom worden afgewezen.

In conventie en reconventie voorts

179. Hetgeen partijen verder nog naar voren hebben gebracht kan, als in het voorgaande reeds behandeld dan wel niet ter zake dienend, buiten beschouwing blijven.

180. Nu partijen over en weer geen specifieke stellingen te bewijzen hebben aangeboden, die - indien bewezen - tot een nader oordeel leiden, passeren arbiters hun in algemene termen gedane bewijsaanbod.

De proceskosten en overige vorderingen

181. Gelet op de mate waarin partijen in principiële en in financiële zin in het gelijk en ongelijk zijn gesteld en de aan de behandeling van de respectievelijke geschilpunten toe te rekenen proceskosten, zullen arbiters aanneemster met drie vijfde deel en opdrachtgeefster met twee vijfde deel van de proceskosten belasten.

182. De door de Raad gemaakte kosten hebben tot en met het depot van dit vonnis ter griffie van de rechtbank te Amsterdam met inachtneming van het Waarborgsom-/moderatieschema van de Raad € 70.758,12 bedragen (waarvan € 12.258,82 aan btw) en zijn tot een bedrag van € 35.379,06 met de door aanneemster gedane stortingen verrekend en tot een bedrag van € 35.379,06 met de door opdrachtgeefster gedane stortingen.

183. Aangezien aanneemster voor drie vijfde deel in het ongelijk is gesteld en opdrachtgeefster voor twee vijfde deel, is de meerdere mate van ongelijk van aanneemster een vijfde (drie vijfde - twee vijfde). Arbiters bepalen de door aanneemster te betalen tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van opdrachtgeefster naar deze meerdere mate van ongelijk van aanneemster en met inachtneming van de Leidraad vergoeding kosten van processuele bijstand, op € 3.000,00 (twee memories ad twee punten + één mondelinge behandeling ad 3 punten + twee akten met bijzondere inhoud ad 1 punt = 6 punten à € 2.500,00 = € 15.000,00 x een vijfde [factor meerdere mate van ongelijk] = € 3.000,00).

184. Ter verrekening van de proceskosten moet aanneemster dus aan opdrachtgeefster € 10.075,81 betalen (€ 42.454,87 [drie vijfde x € 70.758,12] - € 35.379,06 + € 3.000,00), te vermeerderen met de gevorderde, door aanneemster onweersproken gelaten, wettelijke rente daarover op de wijze als in het dictum te vermelden.

185. Zoals gevorderd, zullen arbiters het vonnis in conventie en reconventie uitvoerbaar bij voorraad verklaren op de wijze als in het dictum vermeld, dit met inachtneming van hetgeen hiervoor in r.o. 178 is overwogen.

186. Wat meer of anders is gevorderd, zal worden afgewezen. (*Enz., enz., Red.*)

Noot

I. Inleiding

1. De hierna te bespreken uitspraak van een scheidsgerecht van de Raad van Arbitrage voor de Bouw geeft inzicht in de ontwerpverantwoordelijkheid van de Opdrachtnemer onder de UAV-GC 2005. De hoofdvraag in het geschil dat aan deze uitspraak ten grondslag ligt luidt in onze optiek: hoe ver reikt de ontwerpverantwoordelijkheid van de Opdrachtnemer onder de UAV-GC 2005?

2. Deze hoofdvraag kan vanuit verschillende invalshoeken worden gesteld. Is de Opdrachtnemer risicoaansprakelijk of is de Opdrachtnemer alleen verantwoordelijk voor de gevolgen van door hem gemaakte keuzes met betrekking tot Ontwerp- en Uitvoeringswerkzaamheden? Er bestaat ook discussie over de vraag of en zo ja, in hoeverre de Opdrachtnemer onder de UAV-GC 2005 een *fit for purpose* garantie afgeeft en of op de Opdrachtnemer een resultaats- dan wel een inspanningsverplichting rust.^[2]

3. Gesteld kan worden dat de hoofdvraag in feite aan de grondbeginselen van de UAV-GC 2005 raakt. Het scheidsgerecht neemt dan ook ruim de gelegenheid om in enkele inleidende overwegingen 'uitgangspunten' van de UAV-GC 2005 te formuleren. Wat ons betreft, is er dus alle aanleiding om deze uitspraak - die op de nodige aandacht heeft mogen rekenen^[3] - aan een nadere bespreking te onderwerpen.

II. Plan van behandeling

4. Wij zullen de door het scheidsgerecht genoemde uitgangspunten in onze annotatie kritisch nalopen en vergelijken met een uitspraak uit 2017 die over dezelfde problematiek is gewezen (RvA 6 februari 2017, No. 35.620). De 2018 uitspraak wijkt namelijk af van de 2017 uitspraak. Sterker nog, de uitspraken zijn tegenovergesteld.

5. Het scheidsgerecht lijkt in de 2017 zaak te overwegen dat 'in het algemeen' een Opdrachtnemer onder

de UAV-GC 2005, indien het van de Opdrachtgever afkomstige ontwerp wordt aanvaard en hij daarop voortbouwende werkzaamheden verricht, hij daarmee het risico van het ontwerp van de Opdrachtgever *overneemt*. In de 2018 uitspraak wordt anders overwogen, namelijk dat het in het algemeen *onjuist* is dat onder de UAV-GC 2005 de Opdrachtnemer alle ontwerpverantwoordelijkheid en bijbehorende risico's draagt of van de Opdrachtgever overneemt. Een bespreking van de 2018 uitspraak in het licht van de 2017 uitspraak is daarom op zijn plaats.

6. Wij zullen hierna in paragraaf III eerst kort ingaan op de 2017 uitspraak, waarin door het scheidsgerecht is overwogen dat het risico van het van de Opdrachtgever afkomstige ontwerp door de Opdrachtnemer wordt overgenomen. Daarna volgt in paragraaf IV een bespreking van de feitelijke achtergrond van het geschil dat aan de orde is in de 2018 uitspraak. We staan vervolgens in paragraaf V uitgebreid stil bij de door het scheidsgerecht geformuleerde uitgangspunten en voorzien deze van commentaar. In paragraaf VI gaan wij bij wijze van excurs in op een overweging van het scheidsgerecht over de hoogte van de staartkosten. Wij ronden af met een conclusie (paragraaf VII).

III. De 2017 uitspraak: overname van het ontwerprisico

7. In RvA 6 februari 2017, No. 35.620 overwoog het scheidsgerecht dat 'voor zover de aannemer op basis van de ontwerpstukken van de opdrachtgever eigen ontwerpactiviteiten moet ontplooiën', de verantwoordelijkheid voor het van Opdrachtgever afkomstige ontwerp 'in het algemeen' verspringt naar de Opdrachtnemer. De Opdrachtnemer wordt volgens het scheidsgerecht namelijk geacht het ontwerp van de Opdrachtgever te 'aanvaarden'. Verder stelt het scheidsgerecht in die zaak dat 'geoordeeld kan worden dat de aannemer daarmee ook het risico voor het ontwerp van de opdrachtgever overneemt' (ro. 11). Het verrichten van voortbouwende ontwerpwerkzaamheden op basis van een DO betekent volgens het scheidsgerecht in die zaak dus dat de Opdrachtnemer het DO aanvaardt en dat hij daarmee het risico van het ontwerp (waaronder het DO) van de Opdrachtgever overneemt.

8. Het verdient opmerking dat de overweging over het overnemen van het risico van het ontwerp van de Opdrachtgever aan beide zijden zit 'ingeklemd' door nuancerende overwegingen. De overweging wordt voorafgegaan door de vaststelling dat naar mate er minder ontwerpwerkzaamheden aan de Opdrachtnemer worden opgedragen en de contractstukken meer gespecificeerd en gedetailleerd zijn, in beginsel de risico's voor de Opdrachtnemer beperkter worden. Het scheidsgerecht merkt daarbij op dat dit niet 'zo' in de UAV-GC 2005 staat, met uitzondering van het bepaalde in paragraaf 3 lid 2. Volgend op de eerder genoemde overweging van het scheidsgerecht over de overname van het risico voor het ontwerp van de Opdrachtgever wordt nog opgemerkt dat over het overnemen van het risico door de Opdrachtnemer anders geoordeeld kan worden 'als het contract en de wijze van uitvoering aan de aannemer weinig of geen eigen ontwerpruimte overlaat en de aannemer feitelijk een uitsluitend uitvoerende rol krijgt toebedeeld'.^[4]

9. Deze twee overwegingen nuanceren de door het scheidsgerecht gedebiteerde gedachte dat de ontwerpende Opdrachtnemer de ontwerpaansprakelijkheid voor een van Opdrachtgever afkomstig DO in een overeenkomst met toepassing van de UAV-GC 2005 (automatisch) 'overneemt'. Dat laat onverlet dat deze gedachte wel in het vonnis is opgenomen.

10. In het vonnis uit 2017 wordt niet toegelicht waarop het scheidsgerecht zijn algemene overweging baseert dat de ontwerpende Opdrachtnemer de ontwerpaansprakelijkheid zou overnemen van de Opdrachtgever, zelfs van ontwerpdocumenten waaraan hij geen enkele bijdrage geleverd heeft. Het is daarom niet verwonderlijk dat deze uitspraak in de literatuur kritisch is ontvangen.^[5]

IV. De 2018 uitspraak: het geschil tussen partijen

11. Wij zullen nu ingaan op de feitelijke achtergrond van het geschil in de 2018 uitspraak. De procedure die heeft geleid tot deze uitspraak heeft betrekking op bouwwerkzaamheden, waarvoor partijen in 2012 een 'engineer & build' aannemingsovereenkomst hebben gesloten met toepassing van de UAV-GC 2005. In de Gunningsleidraad is het volgende opgenomen:

'De opdracht wordt aanbesteed volgens de methodiek van engineer&build. Hiermee wordt beoogd de markt te stimuleren innovatieve en creatieve aanbiedingen te doen alsmede verantwoordelijkheid te nemen voor de uitvoerbaarheid van het ontwerp. Het Definitief Ontwerp - welke bij de Gunningsleidraad is gevoerd - is leidend bij dit werk. Onder toezicht van F en de provincie in de rol van directievoering wordt de technische uitvoering en bouw door de Opdrachtnemer verricht. Op het niveau van de technische uitwerking is er ruimte voor onderzoek. De nadere detaillering van het werk en het opstellen van het bestek en besteks- of werktekeningen maakt ook onderdeel uit van de engineering.'

12. Hieruit blijkt dat sprake is van een geïntegreerd contract, maar met twee nuanceringen vanuit de zijde van de Opdrachtgever. In de eerste plaats wordt expliciet bepaald dat het Definitief Ontwerp (DO), dat door de Opdrachtgever is aangeleverd, 'leidend' is. Dat zou nog niet zo opvallend zijn, indien daarop niet volgde dat de Opdrachtnemer vooral wordt ingeschakeld voor de 'technische uitvoering en bouw'^[6] en dat in de technische uitwerking ruimte is voor 'onderzoek'. In onze optiek betekent dit dat (slechts) in de technische uitwerking ruimte is voor eigen inbreng door de Opdrachtnemer. Verderop in de uitspraak wordt aangegeven dat voor alle onderdelen van het werk een DO is opgesteld (ro. 13). En dat het DO onder meer alle ontwerptekeningen, details, kozijnstaat, technische omschrijving en ruimtestaat, installatietekeningen, constructieve berekeningen en tekeningen omvat. Naar onze inschatting is dit wat in de praktijk gezien wordt als een DO+: het gaat een stuk verder dan wat normaliter onder een DO wordt verstaan. De eigen inbreng van de Opdrachtnemer als ontwerpende partij wordt hierdoor sterk begrensd.

13. In de tweede plaats volgt uit de Gunningsleidraad dat de invloed van de Opdrachtnemer door de Opdrachtgever aan banden wordt gelegd door de introductie van toezicht door de architect ('F') en

directievoering door de Provincie. De figuur van directievoering is in de UAV-GC 2005 - anders dan in de UAV 2012 - als zodanig niet aanwezig.^[7] Weliswaar laten de UAV-GC 2005 de mogelijkheid open voor de Opdrachtgever om zich te laten bijstaan door hulppersonen, maar het systeem van de UAV-GC 2005 waarbij de Opdrachtgever op afstand staat en de (aantoonbaarheid van de) kwaliteitsborging berust bij de Opdrachtnemer staat op gespannen voet met een Opdrachtgever die zich actief bemoeit met de realisatie. In dit geval is daarvoor wel gekozen door de Opdrachtgever en is de Opdrachtnemer daarmee akkoord gegaan.

14. Op de 'glijdende schaal'^[8] bezien, bevindt de wijze waarop dit werk in de markt is gezet zich - naar onze mening - dan ook aan de flank, namelijk daar waar de ontwerpinvloed van de Opdrachtnemer het meest beperkt is. De Opdrachtnemer lijkt vooral een uitvoerende rol opgedragen te hebben gekregen. De situatie zit daarmee dicht aan tegen een traditioneel contract op basis van de UAV 2012. Het staat partijen in beginsel vrij daarvoor te kiezen.

15. Bij het opstellen van het Uitvoeringsontwerp (UO) door de Opdrachtnemer bleek dat verschillende onderdelen van het DO moesten worden gewijzigd. In de uitspraak staat niet op welke wijze dit vervolgens feitelijk heeft plaatsgevonden: heeft de Opdrachtnemer daarover een opmerking gemaakt en is de Opdrachtgever met de wijzigingen van de DO aan de slag gegaan of had Opdrachtnemer daarin een grote(re) betrokkenheid? Deze wijzigingen hadden in elk geval belangrijke gevolgen voor de kosten en de uitvoeringsduur van het werk (ro. 13). Een deel van die wijzigingen is door Opdrachtgever erkend en aan Opdrachtnemer betaald, maar partijen bereikten geen overeenstemming over aanspraken van de Opdrachtnemer van in totaal circa 2,3 miljoen euro. Deze aanspraken zagen op DO wijzigingen, kosten naar aanleiding van een mock up, een langere uitvoeringsduur en een sluitpost 'overige kosten'. (ro. 14).

16. Het scheidsgerecht besteedt in het vonnis aandacht aan het feit dat sprake is van 'een ontwerp dat bijzonder is en tegelijkertijd complex en risicovol van aard' (ro. 115). Het gaat hier volgens het scheidsgerecht om het koppelen van een historisch gebouw (met een waterbouwkundig karakter) aan een nieuw gebouw. Dit nieuwe gebouw is subtiel ingepast in de omgeving maar niet gebruikelijk vormgegeven met sprekende golvende/gebogen glas- en betonelementen. De werkzaamheden dienden ook nog eens deels boven en deels onder de grond plaats te vinden. Beide partijen waren zich van de complexiteit en de risico's van het ontwerp bewust.

17. Het scheidsgerecht laat dit aspect meewegen - alsook de 'regelmatige bemoeienis namens Opdrachtgever bij de uitvoering' - in het oordeel dat een eventueel te late mededeling of waarschuwing van de Opdrachtnemer aan Opdrachtgever niet zonder meer kan meebrengen dat kosten als gevolg van onvolkomenheden in het DO ten laste van Opdrachtnemer dienen te komen. Wij laten dit punt verder rusten.

18. De Opdrachtgever heeft zich in deze zaak op het standpunt gesteld dat de Opdrachtnemer aansprakelijk is voor de tekortkomingen in het DO, die wijzigingen van dat DO noodzakelijk maken. De Opdrachtgever stelt dat aan de ontwerpverantwoordelijkheid die op de Opdrachtnemer rust, inherent is dat inschrijvers 'een grondige analyse maken van het DO' (ro. 58). De inschrijvers dienen immers een goed beeld te hebben van de werkzaamheden die voortvloeien uit het DO. Dit volgt volgens Opdrachtgever bovendien uit de toelichting op paragraaf 4 lid 7 UAV-GC 2005 (waarschuwingsplicht). Opdrachtgever betoogt verder dat indien de Opdrachtnemer verzuimt om een grondige analyse te maken van het DO, de gevolgen daarvan voor zijn rekening komen. Hoewel dat niet uit de uitspraak blijkt, lijkt het aannemelijk dat de Opdrachtgever daarbij een beroep heeft gedaan op RvA 6 februari 2017, No. 35.620.

V. Formulering van uitgangspunten van de UAV-GC 2005

19. Het is tegen de hiervoor geschetste achtergrond dat het scheidsgerecht in RvA 16 februari 2018, No. 35.734 de ruimte heeft genomen om - voordat het tot een oordeel kwam - in enkele inleidende overwegingen te formuleren wat het ziet als uitgangspunten van de UAV-GC 2005. We lopen deze uitgangspunten - wij onderscheiden er vier - langs.

Eerste uitgangspunt: Opdrachtgever bepaalt de mate van betrokkenheid bij het project

20. Het eerste uitgangspunt dat het scheidsgerecht formuleert is dat de Opdrachtgever de Opdrachtnemer informatie verschaft van een diepgang naar eigen keuze en dat de Opdrachtgever flexibele mogelijkheden heeft voor een actieve dan wel minder actieve en/of passieve betrokkenheid bij het project.

21. Wij menen dat het scheidsgerecht met informatie hier niet in algemene zin doelt op informatie die van belang is om het werk uit te voeren. Dergelijke informatie *moet* de Opdrachtgever immers op grond van paragraaf 3 lid 1 UAV-GC 2005 verstrekken (behoudens indien de Opdrachtnemer daar ook zelf aan kan komen). Het gaat hier naar onze mening om de Vraagspecificatie. Op grond van de UAV-GC 2005 mag de Vraagspecificatie een omvang en diepgang hebben naar eigen keuze van de Opdrachtgever. Dat kan variëren - zoals blijkt uit de glijdende schaal die onder meer is vastgelegd in artikel 5 Model Basisovereenkomst - van een Programma van Eisen tot een Definitief Ontwerp. Over dit eerste uitgangspunt behoeft weinig discussie te zijn. Waar wel veel discussie over is, is de vraag welke betekenis en inhoud begrippen als Programma van Eisen, Voorlopig Ontwerp, Definitief Ontwerp en Uitvoeringsontwerp hebben. In de *Toelichting* bij de UAV-GC 2005 wordt gesteld dat deze begrippen bewust niet ingevuld zijn.^[9] Dit kan verwarrend zijn. Inschrijvers die aan de slag gaan op basis van bijvoorbeeld een Voorlopig Ontwerp zullen - gebaseerd op hun interpretatie van het begrip 'Voorlopig Ontwerp' - bepaalde verwachtingen hebben die mogelijk niet corresponderen met wat de Opdrachtgever daadwerkelijk aanlevert. Dat kan leiden tot discussies over wat er door een Opdrachtnemer nog moet

worden ontworpen als er een Definitief Ontwerp ligt. Welke ontwerpwerkzaamheden zijn dan nog nodig om te komen tot een Uitvoeringsontwerp?

22. Op basis van de Standaardtaakbeschrijving bij de DNR 2011 zit er tussen het DO en het UO nog de fase van het Technisch Ontwerp (TO)^[10]. Deze fase blijft in de UAV-GC 2005 - zonder nadere toelichting - onbenoemd. Om te komen van een DO naar een UO kan dus niet zomaar de Standaardtaakbeschrijving bij het gedeelte UO worden geraadpleegd om te bepalen welke ontwerpwerkzaamheden noodzakelijk zijn. Bij de herziening van de UAV-GC 2005 kan worden overwogen de begrippen in artikel 5 Model Basisovereenkomst te definiëren, waarbij een koppeling aan de Standaardtaakbeschrijving bij de DNR 2011 wat ons betreft voor de hand zou liggen. Overigens, zal in de praktijk een Opdrachtnemer zich laten leiden door wat er concreet aan ontwerp ligt en beoordelen in hoeverre dit ontwerp verder uitgewerkt moet worden om tot uitvoering (en uiteindelijk oplevering) over te kunnen gaan.^[11]

Tweede uitgangspunt: Opdrachtgever is verantwoordelijk voor zijn informatie

23. Het tweede uitgangspunt dat door het scheidsgerecht in de betreffende uitspraak wordt beschreven is dat de Opdrachtgever de verantwoordelijkheid draagt voor de informatie die hij ter beschikking stelt. Dit volgt uit paragraaf 3 lid 2 UAV-GC 2005. Het scheidsgerecht doelt hierbij primair op de ontwerpstukken die de Opdrachtgever heeft doen opstellen. Dit is onder meer vastgelegd in paragraaf 3 lid 3 UAV-GC 2005: de Opdrachtgever is verantwoordelijk voor de inhoud van de Vraagspecificatie.^[12] In de Basisovereenkomst is verder vastgelegd dat de Opdrachtgever aansprakelijk is voor tegenstrijdigheden binnen de Vraagspecificatie (artikel 3 lid 4 MBO). Het scheidsgerecht overweegt dat uit die verantwoordelijkheid van de Opdrachtgever voortvloeit dat de Opdrachtgever aansprakelijk is indien uit die informatie fouten voortvloeien. De (ontwerp)aansprakelijkheid van de Opdrachtgever wordt beperkt door de waarschuwingsplicht van de Opdrachtnemer. Het scheidsgerecht geeft daarover aan (ro. 111):

'Uitsluitend indien die fouten zo klaarblijkelijk zijn dat aanneemster in strijd met de redelijkheid en billijkheid handelt door Opdrachtgeefster niet voor die fouten te waarschuwen, wordt aanneemster aansprakelijk geacht voor de schadelijke gevolgen van het niet waarschuwen.'

Derde uitgangspunt: Opdrachtnemer neemt geen verantwoordelijkheid over

24. Het derde uitgangspunt dat het scheidsgerecht formuleert, ziet op het al dan niet overnemen van de verantwoordelijkheid voor het ontwerp van de Opdrachtgever door de Opdrachtnemer. De lijn van het scheidsgerecht in de 2017 uitspraak is duidelijk: de Opdrachtnemer neemt de ontwerpverantwoordelijkheid over door de van de Opdrachtgever afkomstige ontwerpstukken te aanvaarden indien hij op basis daarvan eigen ontwerpactiviteiten ontplooit. Die gedachte komen wij in onze praktijk - in verschillende vormen - veelvuldig tegen, zowel bij Opdrachtgevers als bij Opdrachtnemers. In die redenering wordt sterk geleund op de eerste drie leden van paragraaf 4 UAV-GC

2005. De eis waaraan het werk moet beantwoorden, wordt dan geïnterpreteerd als een *fit for purpose* eis in een tamelijk absolute zin. De Opdrachtnemer dient hoe dan ook aan die eis te voldoen. Veelal wordt aangenomen dat ten gevolge daarvan ook de 'totale verantwoordelijkheid' bij de Opdrachtnemer komt te liggen.

25. Weliswaar zou betoogd kunnen worden dat een *fit for purpose* eis voortvloeit uit paragraaf 4 lid 3 UAV-GC 2005, maar het is onzes inziens niet terecht de UAV-GC 2005 daartoe te reduceren. De UAV-GC 2005 zijn veeleer te beschouwen als een 'bouwwerk' dat een genuanceerde verdeling van wederzijdse rechten en plichten bevat.^[13]

26. Binnen dat bouwwerk is paragraaf 4 - waarin de verplichtingen van de Opdrachtnemer zijn opgenomen - een belangrijke bouwsteen. Dat geldt ook voor artikel 5 Model Basisovereenkomst, waarin ten aanzien van ontwerpwerkzaamheden een duidelijke afbakening is vastgelegd. Enerzijds blijkt daaruit waar de Vraagspecificatie uit bestaat en anderzijds is daarin vastgelegd welke ontwerpwerkzaamheden door de Opdrachtnemer dienen te worden verricht. In dezelfde zin wijzen wij op de eerste vier leden van paragraaf 3 UAV-GC 2005 waarin - kort samengevat - de verantwoordelijkheid van de Opdrachtgever voor de door haar aangeleverde informatie en door haar opgedragen Wijzigingen is vastgelegd. Op tal van plaatsen in de UAV-GC 2005 komt een genuanceerde verdeling van verantwoordelijkheden tussen Opdrachtgever en Opdrachtnemer terug (zie bijvoorbeeld ook paragraaf 13 UAV-GC 2005). Dat zijn allemaal bouwstenen die leiden tot een bouwwerk met een genuanceerde verdeling van rechten en plichten. Uitgangspunt daarbij is dat de Opdrachtnemer 'calculeerbare risico's' op zich neemt.^[14] Het is niet in lijn met de gedachte achter de UAV-GC 2005 dat de Opdrachtnemer alle risico's op zich neemt en dus hoge risicopremies opneemt in zijn aanneemsom. Door M.A.B. Chao-Duivis is dat als volgt onder woorden gebracht:

'And this price is not just a stab in the dark but one that has been arrived at to a certain extent through reasoning. In so far as there is more risk that cannot be calculated, the UAV-GC 2005 do not require a price to be set on it, with the result that the employer might have to pay for something that - again, possibly - might not occur. This incalculable risk is thus borne by the employer.'^[15]

27. Hoe de verantwoordelijkheidsverdeling voor Opdrachtgever en Opdrachtnemer *in concreto* uitpakt, is afhankelijk van de plaats op de glijdende schaal.^[16] Zelfs in het zogenoemde turnkey-model (door Van den Berg het '*Bahama-model*' genoemd) draagt de Opdrachtnemer niet *alle* risico's.

28. Ondanks de genuanceerde verdeling van verantwoordelijkheden in de UAV-GC 2005 bestaat hierover dus verwarring en zijn er in de praktijk regelmatig discussies over de reikwijdte van de ontwerpverantwoordelijkheid. In de 2017 uitspraak en de hier besproken uitspraak doet die discussie zich ook voor.

29. Dit onderwerp is wat ons betreft adequaat geregeld in de UAV-GC 2005 en in de MBO, waarin de verantwoordelijkheid voor het ontwerp in onze optiek redelijk evenwichtig over partijen is verdeeld of daarvoor in elk geval handvatten worden geboden (zoals in artikel 5 van de MBO). In de 2017 uitspraak is die in beginsel heldere verdeling doorbroken door de overweging van het scheidsgerecht dat de Opdrachtnemer door de 'ontwerpstukken' van de Opdrachtgever te aanvaarden de risico's daarvan van de Opdrachtgever overneemt. In de hier voorliggende uitspraak uit 2018 grijpt het scheidsgerecht terecht weer terug op die heldere verdeling in de UAV-GC 2005 en de MBO: 'Voor die informatie is opdrachtgeefster verantwoordelijk, hetgeen wil zeggen dat zij aansprakelijk is voor schade die uit fouten in die informatie voortvloeit' (ro. 112). Het scheidsgerecht maakt vervolgens duidelijk dat het betoog dat de Opdrachtnemer deze verantwoordelijkheid overneemt, niet juist is.

30. Dit lijkt ons terecht. In de eerste plaats omdat deze overname van ontwerpaansprakelijkheid als zodanig niet uit de tekst van de UAV-GC 2005 blijkt. In de tweede plaats omdat - zoals hiervoor is opgemerkt - de UAV-GC 2005 voorzien in een genuanceerde verantwoordelijkheidsverdeling waarin geen ruimte is voor het (automatisch) overnemen van 'alle' ontwerpverantwoordelijkheid door de Opdrachtnemer van de Opdrachtgever.

31. De Opdrachtgever heeft blijkens het vonnis nog gewezen op de 'fundamentele analyse' die de Opdrachtnemer zou dienen te maken als het gaat om een UAV-GC 2005 contract, omdat Opdrachtnemer zelf een 'oplossingsrichting' zou moeten kiezen. Ook dat betoog overtuigt het scheidsgerecht - onzes inziens terecht - niet (ro. 114). Hiervoor geldt immers de maatstaf van de waarschuwingsplicht ex paragraaf 4 lid 7 UAV-GC 2005. De Opdrachtgever blijft verantwoordelijk voor de door haar ter beschikking gestelde informatie; de Opdrachtnemer moet (slechts) waarschuwen indien gegevens 'klaarblijkelijk zodanige fouten bevatten of gebreken bevatten, dat hij in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou handelen' als hij niet zou waarschuwen.

Vierde uitgangspunt: rol Opdrachtgever van invloed op verantwoordelijkheidsverdeling

32. Ten slotte geldt - en daar ziet het vierde uitgangspunt van het scheidsgerecht op - dat de rol van de Opdrachtgever tijdens de uitvoering van het werk en de gevolgen van bemoeienis van de zijde van de Opdrachtgever tijdens de realisatiefase van invloed kunnen zijn op de verantwoordelijkheidsverdeling. Uitgangspunt volgens het scheidsgerecht is dat voor de Opdrachtgever in beginsel geen andere rol is weggelegd dan de in de overeenkomst vastgelegde toetsings- en acceptatiewerkzaamheden op de juiste momenten uitvoeren en beslissingen te nemen over door Opdrachtnemer voorgestelde wijzigingen in het werk. Wanneer Opdrachtgever zich niet naar dit uitgangspunt gedraagt en zich actief bemoeit met de uitvoering dan is Opdrachtnemer niet meer ongeclausuleerd verantwoordelijk voor het eindresultaat van zijn Ontwerp- en Uitvoeringswerkzaamheden. De invloed van de Opdrachtgever neemt dan toe en dus ook zijn verantwoordelijkheid. De plaats op de glijdende schaal verschuift.

33. Ook indien de Opdrachtgever Wijzigingen in de zin van paragraaf 14 lid 1 UAV-GC 2005 opdraagt, draagt hij daarvoor de verantwoordelijkheid (paragraaf 3 lid 3 UAV-GC 2005). De verantwoordelijkheid van de Opdrachtnemer neemt navenant af. Dit uitgangspunt is wat ons betreft te rijmen met de hiervoor weergegeven systematiek van de UAV-GC 2005.

VI. Excurs: de hoogte van de staartkosten

34. Wij wijzen er nog op dat het scheidsgerecht een korte overweging besteedt aan de hoogte van staartkosten bij UAV-GC 2005 contracten. De Opdrachtgever had zich in deze zaak op het standpunt gesteld dat de Opdrachtnemer een ongebruikelijk hoog percentage staartkosten in rekening had gehanteerd. Volgens de Opdrachtgever zou een percentage van 15-20% gebruikelijk zijn. Uit het feit dat de Opdrachtnemer een aanzienlijk hoger percentage had gehanteerd, zou volgens de Opdrachtgever zijn af te leiden dat de Opdrachtnemer met aanzienlijke risico's rekening had gehouden. Volgens de Opdrachtnemer liggen de staartkosten bij UAV-GC 2005 werken tussen de 25 en 40% en is het door hem in dit geval gehanteerde percentage dus niets af te leiden over de risico's die de Opdrachtnemer verwachtte.

35. Uit de uitspraak blijkt dat de Opdrachtnemer in dit geval een percentage van 25% aan staartkosten heeft gehanteerd (ro. 61). Het scheidsgerecht overweegt daarover dat de stelling dat de Opdrachtnemer een ongebruikelijk hoog percentage staartkosten heeft gehanteerd niet door het scheidsgerecht wordt onderschreven.

VII. Conclusie

36. Wat ons betreft is de bouwpraktijk geholpen met de formulering van deze uitgangspunten met betrekking tot de ontwerpverantwoordelijkheid onder de UAV-GC 2005. Het gevaar ligt op de loer dat de UAV-GC 2005 in de praktijk gereduceerd worden tot een *fit for purpose* eis die op de Opdrachtnemer rust of dat wordt aangenomen dat het risico voor van Opdrachtgever afkomstige ontwerpstukken zonder meer wordt overgenomen door de Opdrachtnemer (en deze dus risicoaansprakelijk is). Ook kan ten onrechte worden aangenomen dat op de Opdrachtnemer in alle opzichten een resultaatsverplichting rust. Zo kan ten onrechte het beeld ontstaan dat de Opdrachtnemer de ontwerpverantwoordelijkheid overneemt van stukken die door de Opdrachtgever aan hem ter beschikking zijn gesteld.

37. Partijen die een contract willen sluiten waarin in een dergelijk vergaande mate de risico's bij Opdrachtnemer zijn gealloceerd, doen er beter aan te kiezen voor een model als de FIDIC Silver Book. [17] Anders dan onder de UAV-GC 2005 lijkt de positie van de opdrachtgever bij een FIDIC Silver Book overeenkomst meer op die van koper in de zin van titel 7.1 BW. Binnen de UAV-GC 2005 is ernaar gestreefd de wederzijdse rechten en plichten op een genuanceerde wijze te verdelen. De Opdrachtgever blijft in beginsel verantwoordelijk voor de door hem opgestelde ontwerpdocumenten; die

verantwoordelijkheid wordt niet overgenomen door de Opdrachtnemer. Het is goed dat het scheidsgerecht daar weer de aandacht op vestigt.

G.L. Weerheim en J.M. Henriquez

-
- 1 Gert Weerheim is advocaat bij HabrakenRutten en Jacob Henriquez is advocaat en partner bij Ploum.
 - 2 Zie 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*, IBR: Den Haag: 2016, par. 1.9.
 - 3 Behalve op diverse blogs en andere bijdragen op internet kan worden gewezen op de volgende annotatie in *Bouwrecht*: L.E.M. Haverkort, 'Verantwoordelijkheid voor informatie en vraagspecificatie', *BR* 2018, 36.
 - 4 Wat ons betreft is dat overigens geen spectaculaire nuance. Indien de Opdrachtnemer alleen maar uitvoert, hetgeen door de Opdrachtgever is ontworpen, is het de Opdrachtgever die de ontwerpverantwoordelijkheid draagt. Dat staat al in de UAV sinds 1968 (paragraaf 5 lid 2).
 - 5 Zie voor een kritische bespreking van deze uitspraak: RvA 6 februari 2017, No. 35.620, *BR* 2017, 66 m.nt. M.R. Lim; A. ter Mors, S. Schouten en R. van Cooten, 'Kroniek UAV-GC 2005 uitspraken 2017', *BR* 2018, 17; A. van der Stoep, 'Ontwerpverantwoordelijkheid en de UAV-GC 2005', *Vastgoedrecht* 2017, 5; en W.J.M. Herber, 'Enkele misverstanden over de UAV-GC', [TBR 2017/75](#).
 - 6 In de Gunningsleidraad, voor zover geciteerd in de uitspraak, wordt niet duidelijk wat de Opdrachtgever heeft bedoeld met het onderscheid tussen technische uitvoering en bouw.
 - 7 De Model Basisovereenkomst ('MBO') met bijbehorende UAV-GC 2005 voorzien niet uitdrukkelijk in een regeling ten aanzien van directievoering. Dat laat echter onverlet dat een Opdrachtgever zowel actieve als passieve invloed op de realisatie kan uitoefenen. De MBO en de UAV-GC 2005 laten namelijk de mogelijkheid open dat de Opdrachtgever zich laat bijstaan door een of meer (zelfstandige) hulppersonen, die vergelijkbaar zijn met de traditionele figuur van de directievoerder (zie de *Toelichting* op de MBO en UAV-GC 2005, p. 9).
 - 8 M.A.M.C. van den Berg, 'De UAV-GC 2000 en de glijdende schaal van verantwoordelijkheden in het bouwcontractenrecht', *BR* 2000, p. 717.
 - 9 Zie de *Toelichting* bij de MBO en UAV-GC 2005, p. 21.
 - 10 Het gaat bij het TO om bestek- en voorbereidingstekeningen. Volgens de DNR-STB 2009 is het doel van de TO-fase: 'het zodanig - in technische zin - uitwerken en specificeren van het bouwwerk in al zijn facetten dat op basis daarvan definitieve prijsvorming voor de uitvoering kan plaatsvinden'.
 - 11 Diverse opdrachtgevers zijn van het oorspronkelijke artikel 5 MBO afgeweken en nemen in plaats daarvan op: 'De ontwerpwerkzaamheden van de Opdrachtnemer blijken uit de Vraagspecificatie'.

- 12 Zie ook: M.A.M.C. van den Berg, *Assers'-Serie, Deel VI Aanneming van werk*, Deventer: Kluwer 2017, nr. 89.
- 13 Dat laat onverlet dat een evenwichtiger verdeling mogelijk zou zijn, welke hopelijk het resultaat zal zijn van de herziening van de UAV-GC 2005 die op dit moment aan de gang is. Vgl. bijvoorbeeld E. van Dam e.a., 'De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten 2005: tijd voor een herziening?', TBR 2016, 4.
- 14 Zie in vergelijkbare zin: M.A.B. Chao-Duivis, 'An analysis and comparison of the Dutch standard contract for integrated contracts (turnkey/design and build) and the FIDIC Yellow Book', *International Construction Law Review* 2006, p. 471.
- 15 Ibidem, p. 471.
- 16 Zie voor een heldere uiteenzetting hiervan: Stuurgroep RAW2000, 'De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor Geïntegreerde Contractvormen (UAV-GC 2000)', BR 2001, p. 631 (paragraaf 2.3).
- 17 Volgens *The FIDIC Contracts Guide* (1999): 'Suitable for a process or power plant, a factory or similar facility, or an infrastructure project or other type of development, if (i) a higher degree of certainty of final price and time is required, and (ii) the Contract takes total responsibility for the design and execution of the project.' En: 'Disproportionately more risks are allocated to the Contractor under the General Conditions.'