

TBR 2020/157

Raad van Arbitrage voor de Bouw 6-11-2019, No. 36.364, (Cultuurhuis)

(Prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis, ing. P.J.H.H.M. Vos en ir. H.H.M. Witteveen)

UAV-GC 2005: par. 3, par. 13, par. 44

UAV-GC 2005. Informatieverstrekking. Informatieplicht opdrachtgever. Onvolledige informatie. Onjuiste informatie:

Met gastnoot G.L. Weerheim^[1], Red.

De feiten

7. Tussen partijen staat het volgende vast:

- a. Op 16 november 2011 is de Gemeente de aanbestedingsprocedure gestart van het project C. te X. op het terrein van de voormalige D. conform de concurrentiegerichtede dialoog op basis van het Aanbestedingsreglement Werken 2005. Opdrachtnemer heeft op 11 juni 2013 de Definitieve aanbidding gedaan, op basis waarvan de Gemeente op 12 september 2013 de uitvoering van het project heeft opgedragen aan Opdrachtnemer.
- b. Partijen hebben drie overeenkomsten gesloten voor het ontwerp, de realisatie, het onderhoud en facilitaire dienstverlening ten behoeve van een cultuurgebouw, woningen, een openbare parkeergarage, openbaar gebied en commerciële voorzieningen.
- c. In geschil is de 'Basisovereenkomst C. van 12 september 2013 (verder: de Basisovereenkomst), die betrekking heeft op het ontwerp en de realisatie van het cultuurgebouw, de openbare parkeergarage en het openbaar gebied (verder: het Werk), alsmede het meerjarig onderhoud van het cultuurgebouw en de openbare parkeergarage.
- d. Artikel 1.2 van de Basisovereenkomst bepaalt dat van toepassing zijn de UAV-GC 2005 en de daarop door de Opdrachtgever aangebrachte wijzigingen, zoals vermeld in annex X bij de Vraagspecificatie.
- e. Artikel 8.1 van de Basisovereenkomst bepaalt dat a) de Opdrachtgever in annex V bij de Vraagspecificatie en in de Outputspecificatie voorschriften heeft opgenomen voor de wijze waarop de Opdrachtnemer dient om te gaan met de materialen en afvalstoffen die vrijkomen in het kader van de Uitvoerings- en Onderhoudswerkzaamheden, b) de Opdrachtgever geen uitputtend overzicht heeft opgesteld van de te verwachten materialen en afvalstoffen, c) indien er materialen vrijkomen waaromtrent niets is bepaald in de bedoelde annex, de Opdrachtgever binnen een redelijke termijn

alsnog bepaalt wat daarmee moet gebeuren en d) de Opdrachtnemer geen recht heeft op een kostenvergoeding en/of termijnverlenging vanwege de aanwezigheid, verwijdering, afvoer en/of deponering van materialen en/of afvalstoffen, ongeacht of hij daarvan op de hoogte was of kon zijn, behoudens indien de Opdrachtgever hiervoor op de voet van het bepaalde in paragraaf 3 lid 2 UAV-GV 2005 aansprakelijk is.

f. In annex V ('VRIJKOMENDE MATERIALEN') is het volgende opgenomen:

'1. Materialen vervallen aan Opdrachtnemer

1.1. Alle materialen die vrijkomen vanwege de Werkzaamheden van de Opdrachtnemer vervallen aan de Opdrachtnemer.

1.2. De Opdrachtnemer heeft de plicht om de Opdrachtgever te informeren en advies te vragen over alle vrijkomende materialen waarvoor een apart regime geldt, zoals het afvoeren van milieubelastende of vervuilde materialen.

1.3. De Opdrachtnemer zorgt voor eigen rekening voor de afvoer van de aan hem vervallen vrijgekomen materialen van het Werk, en neemt voor vervoer en afvoer de daarvoor geldende wettelijk en bijzondere regelgeving in acht.

1.4. De Opdrachtnemer heeft geen aanspraak op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging vanwege de aanwezigheid, verwijdering, afvoer en deponering van materialen, ongeacht of hij daarvan op de hoogte was of kon zijn, behoudens indien de Opdrachtgever hiervoor op de voet van het bepaalde in § 3 lid 2 UAV-GC 2005 aansprakelijk is.

1.5. Vrijkomende materialen die afvalstoffen bevatten dienen van elkaar gescheiden gehouden te worden indien er een risico bestaat dat vermenging met andere (vrijkomende) materialen kan optreden. De Opdrachtnemer neemt voor eigen rekening maatregelen daartoe.

2. Afvalstoffen

2.1. Alle stoffen vrijkomend uit onderhavig Werk, die vallen onder de definitie van afvalstoffen in de Wet Milieubeheer zijn afvalstoffen als bedoeld in deze annex V. Dit omvat mede eventueel asbest dat vrijkomt bij sloop- en graafwerkzaamheden.

2.2. Voor aanvang van de Uitvoeringswerkzaamheden stelt de Opdrachtnemer voor de vrijkomende afvalstoffen een 'Materiaalstromenplan Afvalstoffen' op, waarin wordt vastgelegd hoe de Opdrachtnemer met vrijkomende materialen omgaat. Daarin dienen de planning, de aard van de vrijkomende afvalstoffen, de hoeveelheden, de wijze van afvoer of verwerking en de te volgen procedures te worden opgenomen. Het materiaalstromenplan wordt voorafgaande aan de Uitvoeringswerkzaamheden ter Acceptatie aangeboden aan de Opdrachtgever.

2.3. De Opdrachtnemer dient gedurende de uitvoering van het Werk het in lid 2 bedoelde materiaalstromenplan bij te houden en het voor de definitieve oplevering van het Werk aan de Opdrachtgever te verstrekken. In het materiaalstromenplan dient de Opdrachtnemer aan te geven hoe is omgegaan met de afvalstoffen.

2.4. De Opdrachtnemer vertegenwoordigt de Opdrachtgever bij de verwerking van afvalstoffen. Hiertoe dient de Opdrachtnemer de procedure te volgen die door het bevoegd gezag wordt voorgeschreven en informeert hij de Opdrachtgever terstond schriftelijk over gemaakte afspraken met het bevoegd gezag.

2.5. Afvalstoffen dienen door een, door het bevoegd gezag erkende, vervoerder te worden afgevoerd naar een, door het bevoegd gezag erkende, (eind)verwerkingsinrichting of dienen te worden afgevoerd door een, door de Opdrachtnemer in te schakelen en door het bevoegd gezag erkende, inzamelaar; één en ander met inachtneming van de Wet Milieubeheer.

2.6. De Opdrachtnemer verstrekt de Opdrachtgever na elke periode van 3 maanden de bewijzen van vervoer en acceptatie van de in de betreffende periode afgevoerde afvalstoffen. Op de bewijzen van acceptatie moeten de naam, het adres van de inrichting, de aard, de hoeveelheid, de herkomst en de naam en het adres van de vervoerder van de materialen zijn vermeld.

2.7. Alle kosten verband houdend met de aanwezigheid, verwijdering, afvoer en deponering van afvalstoffen zijn voor rekening van de Opdrachtnemer, behoudens indien de Opdrachtgever hiervoor op de voet van het bepaalde in § 3 lid 2 UAV-GC 2005 aansprakelijk is.

2.8. Tenzij in deze Overeenkomst anders is aangegeven, dienen afvalstoffen direct van het Werk te worden afgevoerd.'

g. In annex X ('WIJZIGINGEN OP DE UAV-GC-2005') is het bepaalde in paragraaf 3 lid 2 UAV-GC 2005 vervangen door de volgende tekst:

'De Opdrachtgever is verantwoordelijk voor de inhoud van alle informatie die door middel van de Aanbestedingsdocumenten aan de Opdrachtnemer ter beschikking is gesteld. De Opdrachtgever staat niet in voor de volledigheid van de gegevens en informatie die door hem voorafgaand aan de ondertekening van de Basisovereenkomst aan de Opdrachtnemer ter beschikking zijn gesteld en/of ter inzage zijn gegeven. De Opdrachtnemer dient zelf te beoordelen of deze gegevens en informatie (voldoende) volledig zijn, rekening houdend met zijn verplichtingen uit hoofde van de Overeenkomst. De Opdrachtgever heeft in het kader van de aanbestedingsprocedure voorafgaand aan het sluiten van de Overeenkomst milieuhygiënisch onderzoek doen verrichten op en nabij het terrein en het water alwaar het Werk moet worden gerealiseerd. De resultaten daarvan zijn als Bijlage bij de Outputspecificatie DBM gevoegd. De Opdrachtgever staat in voor de juistheid van de daarin opgenomen bodemonsters, zulks onverminderd de waarschuwingsplicht van de Opdrachtnemer. In het verlengde van het bepaalde in de voorgaande alinea dient de Opdrachtnemer echter zelf te beoordelen of de gegevens (voldoende) volledig zijn. De Opdrachtnemer realiseert zich dat de Opdrachtgever geen gegevens heeft verstrekt met betrekking tot de toestand van de bodem onder het D.-gebouw. De Opdrachtnemer is in het kader van de aanbestedingsprocedure voorafgaand aan het sluiten van de Overeenkomst in de gelegenheid gesteld desgewenst zelf nader milieuhygiënisch bodemonderzoek te (doen) verrichten. De Opdrachtnemer dient voorts zelf te beoordelen of de in de onderzoeken opgenomen interpretaties van feitelijke gegevens juist zijn; deze interpretaties komen voor rekening en risico van de Opdrachtnemer.

De Opdrachtgever heeft in het kader van de aanbestedingsprocedure voorafgaand aan het sluiten van de Overeenkomst asbestonderzoek doen verrichten in het D.- gebouw. De resultaten daarvan zijn als Bijlage bij de Outputspecificatie DBM gevoegd. Indien de werkelijke hoeveelheid aangetroffen asbest tegenvalt ten opzichte van de prognose in de asbestinventarisatie is zulks voor risico van de Opdrachtnemer (en valt dus binnen de scope van de door hem uit te voeren Werkzaamheden), behoudens indien door de Opdrachtnemer feitelijke onjuistheden in de asbestinventarisatie worden aangetoond. In afwijking van het vorenstaande is de vondst van niet gesprongen explosieven (NGE's) op het Werkterrein en de vondst van grote archeologische bodemschatten op het Werkterrein, zoals beschreven in de demarcatietabel die als Bijlage aan de Outputspecificatie DBM is gehecht, voor rekening en risico van de Opdrachtgever.'

Het geschil

De vordering van Opdrachtnemer luidt, na wijziging van eis, als volgt:

'Dat uw Scheidsgerecht, bij arbitraal vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- I. de Gemeente veroordeelt aan Opdrachtnemer te betalen een bedrag groot € 3.553.913,33 te vermeerderen met de daarover verschuldigde BTW, te vermeerderen met de rente conform par. 42 lid 2 UAV-GC 2005 te vermeerderen met 2% vanaf 14 dagen na 1 juli 2016, althans vanaf 14 dagen na indiening van deze memorie van eis, althans een door uw scheidsgerecht in redelijkheid te bepalen datum tot de dag der algehele voldoening;
- II. de Gemeente veroordeelt aan Opdrachtnemer te betalen een vergoeding van door Opdrachtnemer gemaakte kosten van Royal HaskoningDHV groot € 26.494,00, een en ander te vermeerderen met wettelijke rente vanaf de dag van indiening van deze memorie van eis tot de dag der algehele voldoening;
- III. de Gemeente veroordeelt aan Opdrachtnemer te betalen een vergoeding van door Opdrachtnemer gemaakte kosten van Bureau de Bont groot € 42.075,00, een en ander te vermeerderen met wettelijke rente vanaf de dag van indiening van deze memorie van eis tot de dag der algehele voldoening;
- IV. de Gemeente veroordeelt in de kosten van deze procedure, waaronder een vergoeding voor de kosten van rechtsbijstand van Opdrachtnemer.'

9. De Gemeente voert gemotiveerd verweer. Zij concludeert bij arbitraal vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de vorderingen van Opdrachtnemer af te wijzen en Opdrachtnemer te veroordelen in de kosten van het geding, de advocaatkosten van de Gemeente daaronder begrepen, een en ander te voldoen binnen 14 dagen na dagtekening van het vonnis, en – voor het geval voldoening van deze kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente over voornoemde bedragen vanaf bedoelde termijn voor voldoening.

De beoordeling van het geschil

10. De door Opdrachtnemer gevorderde hoofdsom van € 3.553.913,33 is als volgt opgebouwd:

- VTW 223 (asbest)	€ 120.888,76
--------------------	--------------

- VTW 243 (obstakels)	€ 1.411.215,56
- VTW 253 (sanering)	€ 1.452.227,00
- VTW 272 (afwijking saneringsplan)	€ 144.013,32
- VTW 273 (planningsconsequenties)	<u>€ 425.568,69 +</u>
totaal:	€ 3.553.913,33

11. Opdrachtnemer baseert haar aanspraken op paragraaf 44 lid 1 sub b UAV-GC 2005 en haar aanspraken ten aanzien van vervuilde obstakels en bodemverontreiniging primair op paragraaf 13 UAV-GC 2005.

12. De Gemeente betwist dat zij gehouden is tot kostenvergoeding en maakt daarnaast bezwaar tegen de hoogte van de gevorderde kosten.

13. Arbiters stellen voorop dat uitgangspunt van de UAV-GC 2005 is dat de Opdrachtgever bepaalt welke informatie hij beschikbaar stelt aan de Opdrachtnemer, behoudens het bepaalde in paragraaf 3 lid 1 sub a UAV-GC 2005 (zie ook RvA 16 februari 2018, nr. 35.734). Op grond van paragraaf 3 lid 2 UAV-GC 2005 is de Opdrachtgever verantwoordelijk voor de inhoud van de door hem aan de Opdrachtnemer ter beschikking gestelde informatie, behoudens het bepaalde in paragraaf 4 lid 7 UAV-GC omtrent de waarschuwingsplicht van de Opdrachtnemer. Dit uitgangspunt is ook van toepassing in de in annex X gewijzigde tekst van paragraaf 3 lid 2 UAV-GC 2005.

14. Onvolkomenheden in de informatie die leiden tot fouten in de aanbidding kunnen onder omstandigheden op grond van het bepaalde in paragraaf 44 lid 1 aanhef en sub b UAV-GC 2005 recht geven op kostenvergoeding en/of termijnverlenging. De verantwoordelijkheid van de Opdrachtgever voor de ter beschikking gestelde informatie is in dit geval uitdrukkelijk beperkt tot informatie die onjuist zou zijn. Van die verantwoordelijkheid is uitgesloten dat de informatie onvolledig zou zijn. Arbiters achten deze beperking niet ongeoorloofd. Van een afwijking van de UAV-GC 2005 is geen sprake, nu in de UAV-GC 2005 slechts gesproken wordt van 'inhoud' van de informatie en niet van de omvang daarvan. Voor onvolledige informatie staat de Opdrachtgever derhalve niet in. Een redelijke uitleg van de begrippen 'juistheid' en 'feitelijke onjuistheden', zoals in annex X gebruikt, brengt echter wel mee dat indien, niettegenstaande de uitsluiting van de verantwoordelijkheid voor het onvolledig zijn van de informatie, de verstrekte informatie de indruk wekt of redelijkerwijs heeft mogen wekken dat de informatie op een of meer onderdelen wel volledig is, terwijl dat feitelijk niet het geval is, de informatie alsdan ook onder het begrip onjuist valt en aanleiding kan geven tot kostenvergoeding en/of termijnverlenging.

VTW 223 (asbest) € 120.888,76

15. Opdrachtnemer baseert haar vordering in verband met de aanwezigheid van asbest in het D.-gebouw

op paragraaf 44 lid 1 sub b UAV-GC 2005.

16. In juli 2014 hebben partijen overeenstemming bereikt over werkwijze, planning en prijs van de asbestsanering, onder de aantekening dat er discussie blijft over 'de allocatie' (productie 13 MvE). De overeengekomen prijs is € 120.888,76.

17. Tussen partijen staat vast dat de Gemeente aan Opdrachtnemer een rapport van E. van 22 augustus 2011 (productie 8) heeft verstrekt, waaruit blijkt dat er een asbestinventarisatie type A heeft plaatsgevonden. Dit is een visuele inspectie. In paragraaf 2.6 van het rapport van E. staat onder het kopje 'Algemene beperkingen van het onderzoek' vermeld dat geen onderzoek is verricht in verborgen ruimten en verborgen holle ruimten in constructies en dat niet volledig kan worden uitgesloten dat bij verbouwingswerkzaamheden of eventuele sloop van het visueel geïnterpreteerde gebouw asbesthoudende elementen worden aangetroffen welke niet als zodanig zijn gedetecteerd. Dit hangt, aldus nog steeds E., onder meer samen met het veelal ontbreken van adequate besteksgegevens, historische onderhoudsgegevens en/of niet visueel of lastig te detecteren elementen. E. concludeert in paragraaf 1.4 van haar rapport onder het kopje 'Conclusies en aanbevelingen' dat tijdens de asbestinventarisatie geen specifieke beperkingen zijn aangetroffen en het 'ons inziens' derhalve niet noodzakelijk is dat direct voorafgaand aan de daadwerkelijke sloopwerkzaamheden aanvullend asbestonderzoek type B wordt uitgevoerd. Voor het geval asbesthoudend materiaal wordt aangetroffen wordt in hoofdstuk 4 van het rapport per element de voorgestane saneringswijze en de Risicoklassen voor asbestsanering aangegeven.

18. Paragraaf 3 lid 2 UAV-GC 2005 – zoals gewijzigd in annex X – bepaalt dat indien de werkelijke hoeveelheid aangetroffen asbest tegenvalt ten opzichte van de prognose in de asbestinventarisatie zulks voor risico is van de Opdrachtnemer (en dus binnen de scope van de door hem uit te voeren Werkzaamheden valt), behoudens indien door de Opdrachtnemer feitelijke onjuistheden in de asbestinventarisatie worden aangetoond.

19. Op 12 juni 2014 is tijdens de sloop van het D.-gebouw asbest aangetroffen. In verband daarmee was Opdrachtnemer wettelijk gehouden een asbestinventarisatie type B uit te voeren. Dit onderzoek is in opdracht van Opdrachtnemer uitgevoerd door Aveco de Bondt. Daarbij zijn asbesthoudende stelplaatjes en afstandhouders aangetroffen tussen de gevelelementen en de draagconstructie van het gebouw. Opdrachtnemer vordert in deze procedure de kosten het type B onderzoek en de asbestsanering (tot een bedrag van € 120.888,76). Zij stelt daartoe 1) dat zij er op basis van de informatie uit het rapport van E. geen rekening mee behoefde te houden dat een type B onderzoek noodzakelijk was en 2) achteraf is gebleken dat deze informatie onjuist was. Het voorbehoud en exoneration ziet volgens Opdrachtnemer enkel op de rechtsverhouding met de Gemeente en niet ook op derden (i.c. Opdrachtnemer).

20. Arbiters volgen Opdrachtnemer niet in deze stellingname. In het rapport van E. staat niet dat er geen asbest in het gebouw aanwezig is of dat daarvan uitgegaan mag worden. Aldus is er geen sprake van een onjuiste mededeling van E.. Opdrachtnemer wist op basis van het rapport van E. of had daaruit kunnen begrijpen dat er mogelijk asbest aanwezig zou kunnen zijn in visueel niet of moeilijk toegankelijke delen van het gebouw, zoals de gevelelementen. Zij heeft ook in haar Definitieve aanbidding van 11 juni 2013 voorzien in een asbestinventarisatie type B met betrekking tot het D.-gebouw (productie 1; Sloopveiligheidsplan, pagina 72, paragraaf 9C sub 5). Dat Opdrachtnemer van aanvullend onderzoek heeft afgezien vanwege de opmerking in het rapport dat dit direct voorafgaand aan de sloop niet noodzakelijk was, strookt niet met de aanbidding. Arbiters kunnen daarom niet anders dan aannemen dat de kosten en risico's in de aanbidding waren ingeprijsd.

21. De conclusie is dat er geen grond is voor kostenvergoeding ex paragraaf 44 lid 1 sub b UAV-GC 2005. Deze vordering wordt afgewezen.

VTW 243 (obstakels)

22. Deze VTW is onderverdeeld in 37 VTW's (VTW 243 Algemeen en VTW 243.1 tot en met VTW 243.36).

23. De Gemeente heeft becijferd dat Opdrachtnemer € 824.848,06 vordert in verband met de aanwezigheid van schone obstakels (VTW's 243: 8, 9, 10, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 24, 25, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 en 36), € 326.798,43 in verband met de aanwezigheid van vervuilde obstakels (VTW's 243: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 11, 14, 19, 20, 21, 22, 23 en 27) en daarnaast nog € 179.311,67 in verband met de aanwezigheid van extra funderingspalen onder het D.-gebouw (VTW 243.26). Zie randnummers 132, 133, 211 en MvA. Opdrachtnemer heeft hier geen bezwaren tegen geuit. Met het gevorderde bedrag van € 67.623,81 voor VTW 243 Algemeen komt het totaalbedrag voor VTW 243 daarmee op € 1.398.581,96, zoals aanvankelijk bij eis gevorderd door Opdrachtnemer. Bij repliek heeft Opdrachtnemer de eis wat betreft VTW's 243.29 tot en met 243.35 vermeerderd met in totaal € 12.633,60, zodat de vordering in verband met de aanwezigheid van schone obstakels uitkomt op € 837.481,66 en de totale vordering voor VTW 243 op € 1.411.215,56.

24. De VTW's met betrekking tot vervuilde obstakels en sanering zijn (primair) gebaseerd op paragraaf 13 UAV-GC 2005 en lenen zich om die reden voor gezamenlijke behandeling. Arbiters behandelen eerst de schone obstakels en de extra funderingspalen en daarna de vervuilde obstakels en VTW 253 (sanering).

Schone obstakels (€ 837.481,66)

25. Opdrachtnemer baseert haar vordering in verband met de aanwezigheid van schone obstakels op paragraaf 44 lid 1 sub b juncto de gewijzigde paragraaf 3 lid 2 en/of paragraaf 3 lid 1 sub b UAV-GC

2005 (randnummer 116 MvE).

26. Tussen partijen is niet in geschil dat ervan uit diende te worden gegaan dat er obstakels in de bodem aanwezig zouden zijn (productie 53).

27. Opdrachtnemer stelt dat zij er op basis van de verstrekte informatie van uit mocht gaan dat deze obstakels maximaal zouden bestaan uit kleinschalig schoon puin (500 x 500 x 500 mm) dat met een hydraulische kraan verwijderd kon worden (randnummer 52 MvE) c.q. funderingsresten (randnummer 114 MvR). Zij hoefde geen rekening te houden met de aanwezigheid van volledige fundaties van voormalige gashouders gevuld met verontreiniging (randnummer 115 MvR). Tijdens het werk zijn echter meerdere schone obstakels aangetroffen, die niet waren gemeld door de Gemeente. Daarnaast zijn obstakels aangetroffen die vervuild waren en die conform het saneringsregime moesten worden verwijderd. Een en ander heeft geleid tot diverse beheersmaatregelen en inefficiëntie (randnummer 55 MvE).

28. De Gemeente voert als verweer aan dat partijen uitdrukkelijk hebben onderhandeld over de risicoverdeling met betrekking tot de aanwezigheid van ondergrondse obstakels (en bodemverontreiniging en asbest) en dat Opdrachtnemer ervoor heeft gekozen haar inschrijving in te dienen, waarbij zij tevens tegenvallers accepteerde, behoudens in geval van onjuiste informatie afkomstig van de Gemeente. De Gemeente heeft er bij herhaling op gewezen dat zij niet wist of de verstrekte informatie volledig was. Paragraaf 3 lid 2 UAV-GC - zoals gewijzigd in annex X - bepaalt dat de Opdrachtgever niet instaat voor de volledigheid van de gegevens en informatie die door hem voorafgaand aan de ondertekening van de Basisovereenkomst aan de Opdrachtnemer ter beschikking zijn gesteld en/of ter inzage zijn gegeven. De Opdrachtnemer dient zelf te beoordelen of deze gegevens en informatie (voldoende) volledig zijn, rekening houdend met zijn verplichtingen uit hoofde van de Overeenkomst. Opdrachtnemer heeft, aldus de Gemeente, dan ook alleen recht op kostenvergoeding indien zij aantoont dat de Gemeente onjuiste informatie heeft verstrekt en de Opdrachtnemer hiervoor niet behoefde te waarschuwen (zie randnummers 140 t/m 142 MvA).

29. Opdrachtnemer heeft hier ten aanzien van de schone obstakels in randnummer 109 MvR tegenover gesteld dat zij met de verstrekte gegevens tijdens de tenderfase in de veronderstelling is geweest volledig te zijn geïnformeerd door de Gemeente.

30. Arbiters overwegen dat Opdrachtnemer er rekening mee had moeten houden dat de verstrekte informatie niet volledig was. Dat funderingsresten alleen bestaan uit kleinschalig puin is een aanname van Opdrachtnemer die nergens op gebaseerd is. In de overeenkomst (annex X) is voorzien in vondsten die voor risico van de Gemeente zijn, te weten NGE's en (bepaalde) grote archeologische vondsten. Andere vondsten dan beschreven in de bijlage van de Outputspecificatie (en NGE's) zijn dus voor risico van Opdrachtnemer. Dat in paragraaf 3.5 van het onderzoeksrapport uit 2007 (waarover hierna meer)

wordt aangegeven dat de gashouders zijn gesloopt, zoals Opdrachtnemer stelt in randnummer 113 MvE, laat de aanwezigheid van fundaties van de voormalige gashouders onverlet.

31. Partijen hebben nog gediscussieerd over het verkennend vooronderzoek dat de gemeente in 2007 heeft laten verrichten (productie 15). Arbiters merken ter zake op dat Opdrachtnemer wist dat het ging om verkennend vooronderzoek in het kader van het voornemen om de locatie te ontwikkelen en niet om onderzoek in het kader van een vermoedelijk geval van ernstige bodemverontreiniging in de zin van de Wet bodembescherming. Het verwijt van Opdrachtnemer dat het verkennend vooronderzoek onjuist is, omdat er sprake was van een vermoedelijk geval van ernstige bodemverontreiniging in de zin van de Wet Bodembescherming en daarnaar onderzoek had moeten worden gedaan overeenkomstig Voornorm NVN 5725:1999 is niet terecht. De Gemeente was niet verplicht dat onderzoek te doen. Zij heeft aan Opdrachtnemer de informatie verstrekt waarover zij beschikte en die informatie was beperkt, maar niet onjuist.

32. Conclusie uit het voorgaande is dat deze vordering dient te worden afgewezen.

Extra funderingspalen onder het D.-gebouw (€ 179.311,67)

33. Opdrachtnemer baseert deze vordering op paragraaf 44 lid 1 sub b UAV-GC 2005.

34. Opdrachtnemer stelt dat zij door een constructeur heeft laten uitrekenen dat er op basis van het gewicht van het D.-gebouw 135 palen zouden moeten zitten. Opdrachtnemer heeft een onzekerheidsmarge gehanteerd en is in haar aanbieding uitgegaan van 150 palen.

35. De Gemeente stelt dat zij het palenplan aan Opdrachtnemer heeft toegezonden via een zip-bestand. Opdrachtnemer betwist dat het palenplan daar bij zat.

36. Onweersproken is dat het palenplan de juiste informatie geeft, nl. 321 palen (zie randnummer 162 MvR). Dit aantal is destijds gekozen omdat rekening werd gehouden met een extra bouwlaag. Dit was Opdrachtnemer echter niet bekend.

37. Arbiters stellen voorop dat bij een project als het onderhavige een goed tekeningenbeheer met een strakke organisatie van cruciaal belang is. Partijen hebben ter zitting desgevraagd aangegeven dat voor de verzending van het zipbestand WeSendit.com is gebruikt. Alle toegevoegde bestanden plegen dan aan te komen. Opdrachtnemer geeft niet aan welke bestanden zij (zelf) heeft ontvangen. Denkbaar is dat er in de communicatie tussen Opdrachtnemer en haar onderaannemer F. een fout is gemaakt. Wat daarvan ook zij, arbiters zijn van oordeel dat van een professionele partij mag worden verwacht dat er om informatie wordt gevraagd alvorens men zelf een berekening gaat maken. Eerst na de gunning heeft Opdrachtnemer zelf onderzoek gedaan en bleek de tekening eenvoudig te verkrijgen via het Gemeentelijk archief (zie randnummer 67 MvE, pagina 23 onderaan). Opdrachtnemer wist dat er

informatie ontbrak en had voordien ruimschoots de tijd deze informatie op te vragen. De aanbestedingsprocedure heeft twee jaar geduurd en er zijn drie dialoogrondes geweest. Opdrachtnemer stelde ter zitting dat zij aan G. heeft gevraagd om het palenplan, aangezien alle onderzoeksresultaten gedeeld zouden worden met de andere deelnemers (level playing field). Zij heeft naar eigen zeggen echter geen antwoord van G. gekregen. Naar het oordeel van arbiters mocht van Opdrachtnemer worden verwacht dat zij zou navragen, te meer nu de Gemeente terughoudend was met het verstrekken van informatie. Uiteindelijk geldt ook hier dat de Gemeente niet instaat voor de volledigheid van de verstrekte informatie en vrijkomende materialen voor rekening en risico van Opdrachtnemer zijn, zoals verwoord in artikel 8.1 van de Basisovereenkomst, annex V en annex X. De conclusie moet dan ook zijn dat deze vordering eveneens dient te worden afgewezen.

Vervuilde obstakels (€ 326.798,43) en VTW 253 (sanering) € 1.452.227,00

Standpunten van partijen ten aanzien van vervuilde obstakels

38. Opdrachtnemer baseert haar vordering in verband met de aanwezigheid van vervuilde obstakels primair op paragraaf 44 lid 1 sub a juncto paragraaf 13 lid 5, subsidiair op paragraaf 44 lid 1 sub b juncto paragraaf 3 lid 2 en meer subsidiair op paragraaf 44 lid 1 sub b juncto paragraaf 3 lid 1 sub b UAV-GC 2005 (randnummer 213 MvA).

39. Ten aanzien van de vervuilde obstakels verwijst Opdrachtnemer in randnummer 150 MvR naar haar standpunten inzake annex X zoals verwoord in randnummers 51 tot en met 64 MvR, met als aanvulling dat de situatie onder het D.-gebouw valt onder een aanspraak ex paragraaf 13 lid 4 UAV-GC 2005.

40. Opdrachtnemer stelt dat het beroep van de Gemeente op annex X van paragraaf 3 lid 2 UAV-GC 2005 een dwaalspoor is. De gemeente heeft eigenlijk het risico van paragraaf 13 lid 4 en 5 UAV-GC 2005 willen exoneren, maar in annex X is de tekst van paragraaf 13 lid 4 UAV-GC niet aangepast. Die bepaling geldt volgens haar dus onverkort.

41. De Gemeente stelt dat paragraaf 13 lid 4 UAV-GC niet van toepassing is omdat in artikel 3.2 van de Basisovereenkomst een rangorde is opgenomen op grond waarvan de inhoud van de Basisovereenkomst, de vraagspecificatie en de annexen prevaleert boven de UAV-GC 2005 (zie randnummers 215 t/m 222 MvA en randnummer 247 MvD).

Standpunten van partijen ten aanzien van VTW 253 (sanering)

42. VTW 253 is onderverdeeld in 17 VTW's (VTW 253 Algemeen en VTW 253.1 tot en met VTW 253.16).

43. Tussen partijen is niet in geschil dat bekend was dat de grond onder het bouwterrein zwaar vervuild was tot een diepte van zes tot zeven meter (productie 14). De sanering was onderdeel van de opdracht.

44. Opdrachtnemer stelt dat tijdens de werkzaamheden bleek dat a) de mobiele verontreiniging dieper en groter was dan bleek uit de aan haar verstrekte informatie en buiten de contouren viel van het besluit 'Vaststelling ernst en spoedeisendheid H.' en b) dat ook de immobiele verontreiniging dieper en groter was dan voorzien. Een en ander heeft geleid tot diverse beheersmaatregelen en inefficiëntie. Zij beroept zich ter zake primair op paragraaf 13 UAV-GC 2005 (zie randnummer 167 MvR).

45. De gemeente voert ook op dit punt als verweer aan dat partijen uitdrukkelijk hebben onderhandeld over de risicoverdeling met betrekking tot de aanwezigheid van bodemverontreiniging (en ondergrondse obstakels en asbest) en Opdrachtnemer ervoor heeft gekozen haar inschrijving in te dienen, waarbij zij tevens tegenvallers accepteerde, behoudens in geval van onjuiste informatie afkomstig van de Gemeente. De Gemeente heeft er bij herhaling op gewezen dat zij niet wist of de verstrekte informatie volledig was. Ter zake van de ondergrond van het D.-gebouw heeft zij zelfs expliciet verklaard dat dienaangaande geen informatie beschikbaar was. Dit was nu juist ook de strekking van de wijzigingen en aanvullingen met betrekking tot paragraaf 3 lid 2 UAV-GC 2005 die de Gemeente in annex X bij de Vraagspecificatie heeft doorgevoerd en waarover partijen tijdens de Aanbesteding uitgebreid hebben gediscussieerd. Blijkens haar inschrijving ging Opdrachtnemer uit van de noodzaak van nader onderzoek naar de aanwezigheid van bodemverontreiniging in het D.- gebouw. De Gemeente had een ontwerpvergoeding van € 105.000,00 ter beschikking gesteld die hiervoor door Opdrachtnemer had kunnen worden aangewend. Gedurende de Dialoog is Opdrachtnemer bij herhaling in de gelegenheid gesteld om nader onderzoek te verrichten naar de aanwezigheid van ondergrondse obstakels en bodemverontreiniging, maar ondanks de daartoe geboden mogelijkheden en het feit dat de Aanbesteding circa twee jaar heeft geduurd, heeft Opdrachtnemer ervoor gekozen om deze onderzoeken pas na gunning uit te laten voeren. Medio 2012 had Opdrachtnemer nog aangegeven een bedrag van € 1.500.000,00 te zullen reserveren in verband met de onzekerheden met betrekking tot de omvang van de saneringsopgave. Deze door Opdrachtnemer zelf genoemde onzekerheidsmarge is groter dan het totaalbedrag aan saneringskosten dat zij uiteindelijk in haar inschrijving heeft opgenomen. Ook heeft Opdrachtnemer in haar elementenbegroting (productie 138) in de staartkosten geen bedrag voor onvoorziene omstandigheden en/of W&R opgenomen, Opdrachtnemer heeft er derhalve welbewust voor gekozen om geen enkele risicovoorziening in haar inschrijfbegroting op te nemen, wetende dat er juist aanzienlijke risico's op tegenvallers in de bouwrijpfase waren. Een en ander leidt, aldus de Gemeente, tot de conclusie dat aannemelijk is dat Opdrachtnemer in haar inschrijving onvoldoende rekening heeft gehouden met de omvang van de noodzakelijke sanerings- en verwijderingswerkzaamheden. De kosten die zij thans presenteert als tegenvallers zijn naar de mening van de Gemeente derhalve geen tegenvallers tijdens de uitvoering, maar de voor Opdrachtnemer kenbare gevolgen van ten tijde van de inschrijving ten onrechte doorgevoerde bezuinigingen, welke voor rekening en risico van Opdrachtnemer behoren te komen. Tot zover het verweer van de Gemeente.

46. Opdrachtnemer handhaaft haar beroep op paragraaf 13 UAV-GC 2005. Zij betwist dat er onderhandelingen over de bodemverontreinigingen hebben plaatsgevonden (randnummer 50 MvR). Zij heeft in de derde dialoogronde aangegeven dat zij het onredelijk vond dat de risico's van de afstemming van de werkzaamheden op de bodemgesteldheid (waaronder die onder het D.-gebouw) bij haar neergelegd zijn. De Gemeente wilde de contractueel bepaalde risicoverdeling echter handhaven.

47. Opdrachtnemer verwijst voor wat betreft de (on)mogelijkheid van onderzoek onder het D.-gebouw naar het gestelde onder randnummers 65 tot en met 73 MvR. De Gemeente heeft aangegeven dat er geen informatie was over de situatie onder het D.-gebouw en dat daar niet geboord kon worden. Een bruikbare oplossing waardoor onderzoek zonder kans op schade en lekkage mogelijk was kon Opdrachtnemer niet aandragen. Daarom heeft Opdrachtnemer een extra marge opgenomen in haar saneringsplan voor wat betreft de locatie van het D.-gebouw. Ook G. (een van de andere inschrijvers) heeft dit onderzoek (kennelijk) niet gedaan.

48. Tot zover de standpunten van partijen.

49. Arbiters gaan eerst in op de vraag of paragraaf 13 lid 4 UAV-GC 2005 van toepassing is.

50. Paragraaf 13 lid 4 UAV-GC 2005 bepaalt dat de Opdrachtnemer niet aansprakelijk is voor verontreiniging die tijdens de uitvoering van de Werkzaamheden wordt aangetroffen op, in of onder het bouwterrein. De Opdrachtgever kan de Opdrachtnemer opdragen de aangetroffen verontreiniging te verwijderen, hetzij in de Vraagspecificatie, hetzij door middel van een Wijziging als bedoeld in paragraaf 14 lid 1.

51. De achtergrond van paragraaf 13 ('Bodemaspecten') is dat bij de realisatie van werken in Nederland de bodem in het algemeen als een van de belangrijkste risicofactoren wordt beschouwd en een afzonderlijke regeling in de UAV-GC 2005 van de problemen die zich daarbij kunnen voordoen wenselijk wordt geacht (zie: Toelichting bij Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005).

52. Arbiters stellen voorop dat paragraaf 13 UAV-GC 2005 een algemene bepaling is en artikel 8.1 van de Basisovereenkomst (in samenhang met annex V en annex X) een op de overeenkomst toegespitste bepaling die het kader bepaalt waarbinnen paragraaf 13 UAV-GC 2005 wordt toegepast. Met andere woorden: paragraaf 13 UAV-GC 2005 dient te worden toegepast op de feitelijk ingevulde overeenkomst, met als consequentie dat de werking beperkt is tot datgene waarvoor de Gemeente verantwoordelijk is, te weten onjuiste informatie. In dit verband zij vermeld dat de Gemeente heeft aangegeven dat zij paragraaf 13 UAV-GC 2005 niet heeft willen uitsluiten omdat zij wel het risico wilde dragen van onjuiste informatie.

53. In de overeenkomst is voorzien in de mogelijkheid dat er vervuilde obstakels zouden zijn (artikel 1.5

annex V). Voor de vervuilde obstakels geldt hetzelfde als voor de schone obstakels, te weten dat Opdrachtnemer er rekening mee had moeten houden dat de informatie niet volledig was en tegenvallers voor haar rekening en risico zouden zijn. De contouren van mobiele en immobiele verontreiniging (productie 20) zijn gebaseerd op grondonderzoeken. De punten waar vervuiling is aangetroffen zijn met elkaar verbonden. Ook buiten die contouren is onderzoek gedaan, maar daar zijn deze verontreinigingen niet vastgesteld (zie productie 17). Naar het oordeel van arbiters mocht Opdrachtnemer er niet vanuit gaan dat de verontreinigingen volledig in beeld waren gebracht. Daar waren meer boringen voor vereist. Ook hier geldt dat het onderzoek beperkt was, maar niet onjuist. Opdrachtnemer heeft ten onrechte geen rekening gehouden met tegenvallers en haar aanvankelijke reservering van € 1.500.000,00 geschrapt. Zij kan de gevolgen daarvan niet op de Gemeente afwentelen. De vorderingen worden afgewezen.

VTW 272 (afwijking saneringsplan) € 144.013,32

54. Opdrachtnemer stelt dat er naast de saneringswerkzaamheden die opgenomen zijn in VTW 243 en VTW 253 nog andere verontreinigingen in de bodem aanwezig waren die ook gesaneerd moesten worden om te voldoen aan de saneringsdoelstelling conform het vergunde saneringsplan. Opdrachtnemer vordert vergoeding van 1) de meerkosten van grondverdringende palen ter plaatse van de inrit naar de parkeergarage, 2) de uitgevoerde sanering ter plaatse van vak J bij de H. en 3) de uitgevoerde sanering ter plaatse van de rest van de inrit (productie 155).

55. Arbiters zien geen grond voor toewijzing van deze vordering. Toepassing van grondverdringende palen was een eigen keuze van Opdrachtnemer en voor het overige geldt ook hier dat Opdrachtnemer er rekening mee had moeten houden dat de informatie niet volledig was en tegenvallers voor haar rekening en risico zouden zijn

VTW 273 (planningsconsequenties na 3 december 2014) € 425.568,69

56. Deze vordering volgt het lot van de vorderingen met betrekking tot de obstakels en sanering en dient te worden afgewezen.

Kosten Royal Haskoning (auditrapporten) en De Bont (bemiddeling)

57. Hetgeen hierboven is overwogen onder rechtsoverweging 56 geldt ook hier.

58. De overige stellingen van partijen kunnen onbesproken blijven. (*Enz., enz., Red.*)

noot

Inleiding

1. De opdrachtgever onder de UAV-GC 2005 heeft in te staan voor de juistheid van de door hem

verstrekke informatie. Maar dient deze informatie ook volledig te zijn?

2. De hier te bespreken uitspraak van de Raad van Arbitrage voor de Bouw bevat een aantal voor de uitleg van de UAV-GC 2005 relevante overwegingen met betrekking tot de op de opdrachtgever rustende informatieverplichting. Niet eerder is in de (gepubliceerde) jurisprudentie over de UAV-GC 2005 zo helder geformuleerd dat de opdrachtgever tekort schiet in zijn informatieplicht indien *'de verstrekte informatie de indruk wekt of redelijkerwijs heeft mogen wekken dat de informatie op een of meer onderdelen wel volledig is, terwijl dat feitelijk niet het geval is'*. Dit geldt ook wanneer er een duidelijke uitsluiting van de verantwoordelijkheid van de opdrachtgever voor onvolledige informatie is opgenomen.

3. In deze annotatie zal ik eerst kort stil staan bij de feitelijke situatie die aan de orde is in de uitspraak. Vervolgens zal ik het bredere juridisch kader met betrekking tot de informatieplicht van de opdrachtgever schetsen. Daarna zal ik inzoomen op de principiële rechtsoverwegingen in deze uitspraak met betrekking tot verantwoordelijkheid voor onvolledige informatie. Ook zal ik stilstaan bij de relatie met par. 13 UAV-GC 2005. Ik sluit af met een conclusie en enkele reflecties.

Feitelijke achtergrond

4. De uitspraak gaat over een geschil naar aanleiding van een – na een concurrentiegericht dialogoog gesloten – Basisovereenkomst d.d. 12 september 2015, die betrekking heeft op de renovatie (ontwerp en realisatie) van een cultuurgebouw, openbare parkeergarage en openbaar gebied alsmede het meerjarig onderhoud van het cultuurgebouw en de openbare parkeergarage. Voor de uitspraak zal ik hierna ook de naam 'Cultuurhuis' gebruiken.

5. Tijdens de uitvoering van de renovatiewerkzaamheden is de aannemer blijkens de uitspraak in de bestaande werken en terreinen gestuit op (i) niet door hem voorzien asbest (waardoor aanvullende asbestsanering nodig was), (ii) 'schone obstakels' in de bodem, (iii) extra aangetroffen funderingspalen onder het D-gebouw en (iv) 'vervuilde obstakels' in de bodem (waardoor een sanering nodig was). Als gevolg daarvan zijn aanvullende werkzaamheden nodig en dienen aanvullende kosten te worden gemaakt. Ook treedt vertraging op. De aannemer heeft daarvoor een vijftal VTW's (verzoek tot wijziging) opgesteld en stelt in verband hiermee een vordering in van € 3.553.913,33 jegens de opdrachtgever.

6. Van belang voor de tussen opdrachtgever en aannemer geldende rechtsverhouding is dat in de contractstukken (art. 8.1 Basisovereenkomst en in annex X 'Vrijkomende materialen') een aantal bepalingen is opgenomen met betrekking tot bij de renovatiewerkzaamheden vrijkomende materialen en afvalstoffen. Deze bepalingen zijn integraal geciteerd in de uitspraak. Samengevat komen ze erop neer dat (i) de opdrachtgever geen uitputtend overzicht heeft opgesteld van de te verwachten materialen en afvalstoffen (waaronder asbest); en (ii) dat de aannemer geen recht heeft op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging vanwege de aanwezigheid, verwijdering, afvoer en/of deponering van materialen en/of

afvalstoffen, ongeacht of hij daarvan op de hoogte was of kon zijn, behoudens indien de opdrachtgever daarvoor op voet van par. 3 lid 2 UAV-GC 2005 aansprakelijk is.

7. In annex X 'Wijzigingen op de UAV-GC 2005' is bovendien een afwijking van par. 3 lid 2 UAV-GC 2005 opgenomen. De tekst die par. 3 lid 2 UAV-GC 2005 vervangt, is integraal geciteerd in de uitspraak. De kern van de vervangende bepaling is dat de opdrachtgever verantwoordelijk is voor de inhoud van de door hem ter beschikking gestelde informatie. De opdrachtgever staat echter niet in voor de volledigheid van die informatie. De aannemer moet zelf bepalen of de ontvangen informatie volledig is.

8. Vervolgens geeft de opdrachtgever in annex X voor een aantal concrete gevallen expliciet aan, niet in te staan voor de volledigheid van de verstrekte gegevens:

- a. De opdrachtgever heeft milieuhygiënisch onderzoek doen verrichten met betrekking tot het terrein. De opdrachtgever staat in voor de juistheid van de bodemonsters. De aannemer dient echter zelf te beoordelen of deze gegevens (voldoende) volledig zijn en dient te beoordelen of de in de onderzoeken opgenomen interpretaties van de feitelijke gegevens juist zijn.
- b. De aannemer realiseert zich dat de opdrachtgever geen gegevens heeft verstrekt met betrekking tot de bodem onder het D-gebouw. De aannemer is voorafgaand aan de inschrijving desgewenst zelf in de gelegenheid nader milieuhygiënisch onderzoek te verrichten.
- c. De opdrachtgever heeft asbestonderzoek laten verrichten in het D-gebouw. Indien de werkelijke hoeveelheid asbest tegenvalt ten opzichte van de prognose in de asbestinventarisatie is dat voor rekening van de aannemer, tenzij de aannemer kan aantonen dat er feitelijke onjuistheden zijn opgenomen in de asbestinventarisatie.

9. Uit deze bepalingen komt het beeld naar voren dat enerzijds de opdrachtgever terughoudend is geweest met het ter beschikking stellen van informatie en dat anderzijds de daarmee samenhangende risico's bij de aannemer zijn neergelegd.^[2]

10. Bij de genoemde geschilpunten verschilden partijen met name van mening over de vraag of de van opdrachtgever afkomstige informatie onjuist was. Alleen indien van de opdrachtgever afkomstige informatie onjuist zou zijn, zou de opdrachtgever immers aangesproken kunnen worden voor kostenvergoeding en/of termijnverlenging. De aannemer baseert zijn aanspraken op par. 44 lid 1 sub b UAV-GC 2005 en zijn aanspraken ten aanzien van de vervuilde obstakels en bodemverontreiniging primair op par. 13 UAV-GC 2005.

Informatieplicht van de opdrachtgever

11. Voorafgaand aan het oordeel over de geschilpunten wijden arbiters een tweetal (meer algemene) rechtsoverwegingen aan de informatieplicht van de opdrachtgever onder de (in casu aangepaste) UAV-GC 2005 (namelijk in rov. 13 en 14).

12. Arbiters '*stellen voorop*' dat het uitgangspunt van de UAV-GC 2005 is dat opdrachtgever bepaalt welke informatie hij beschikbaar stelt, behoudens het bepaalde in par. 3 lid 1 sub a UAV-GC 2005. Daarbij verwijzen arbiters in de eerste plaats naar de eerdere uitspraak RvA 16 februari 2018, No. 35.734 (*Fort Vechten*).

13. In die *Fort Vechten*-uitspraak uit 2018 formuleerde het scheidsgerecht een viertal uitgangspunten van de UAV-GC 2005. In de annotatie van Henriquez en ondergetekende bij die uitspraak, hebben wij die uitgangspunten – kort samengevat – als volgt beschreven^[3]:

- (i) De opdrachtgever bepaalt de mate van betrokkenheid bij het project;
- (ii) De opdrachtgever is verantwoordelijk voor de door hem ter beschikking gestelde informatie, waaronder het ontwerp (behoudens de waarschuwingsplicht van de aannemer);
- (iii) De aannemer neemt geen verantwoordelijkheid over voor het door opdrachtgever opgestelde ontwerp door daarop voortbouwende (ontwerp)werkzaamheden te verrichten;
- (iv) De rol (en bemoeienis) van de opdrachtgever tijdens de uitvoering van het werk kan van invloed zijn op de verantwoordelijkheidsverdeling: hoe meer invloed van de opdrachtgever, hoe meer verantwoordelijkheid.

14. In de hier te bespreken uitspraak *Cultuurhuis* focussen arbiters op de verantwoordelijkheid van de opdrachtgever voor (de juistheid van) informatie (i.e. voornamelijk het tweede uitgangspunt).

15. Aan de informatieplicht die is opgenomen in par. 3 UAV-GC 2005 zijn twee kanten te onderscheiden, die door het scheidsgerecht in de hier aan de orde zijnde *Cultuurhuis*-uitspraak ook worden onderkend: de verplichting om informatie te verstrekken (ook wel de medewerkingsplicht genoemd) en de verantwoordelijkheid voor de juistheid van die informatie.

16. In de eerste *plaats* bepaalt par. 3 lid 1 aanhef en sub a UAV-GC 2005 dat de opdrachtgever verplicht is ervoor te zorgen dat de aannemer tijdig beschikt over: '*alle informatie waarover de Opdrachtgever beschikt, voorzover het ter beschikking stellen daarvan noodzakelijk is om de Opdrachtnemer in staat te stellen het Werk en het Meerjarig Onderhoud conform de Overeenkomst te realiseren.*'

17. Hieruit blijkt dus dat de opdrachtgever (uitsluitend) informatie ter beschikking moet stellen: (i) waarover hij beschikt; en (ii) voor zover het ter beschikking stellen noodzakelijk is voor de werkzaamheden. In de Toelichting op de MBO en de UAV-GC 2005 wordt over het noodzakelijkheidsvereiste opgemerkt dat dit niet zozeer betrekking heeft op de informatie, maar op het ter beschikking stellen daarvan. De opdrachtgever hoeft geen informatie ter beschikking te stellen waarvan geldt dat de aannemer die ook zelf via andere kanalen kan verkrijgen.^[4] Aangenomen wordt dat daarmee wordt bedoeld op bijvoorbeeld algemeen beschikbare informatie of informatie die via het kadaster kan worden geraadpleegd.^[5] De uitleg dat geen informatieplicht zou bestaan voor informatie

waarover de opdrachtgever wel beschikt, maar die de aannemer door middel van het doen uitvoeren van (ingrijpende) onderzoeken ook zelf zou kunnen achterhalen, lijkt niet voor de hand liggend. Dat zou tot kapitaalvernietiging leiden. De noodzakelijkheid van het ter beschikking stellen van informatie zou mijns inziens ook kunnen liggen in de hoge kosten en/of grote hoeveelheid tijd die gemoeid zijn met het door de aannemer zelf verzamelen ervan.^[6] Verder is het in sommige gevallen voor een aannemer moeilijk te bepalen welke informatie van belang is voor zijn inschrijving; voorstelbaar is dan ook dat de opdrachtgever de aannemer daarop in dergelijke gevallen behoort te wijzen.^[7]

18. Een schending van de informatieplicht wordt in elk geval niet aangenomen als een opdrachtgever zelf ook niet over bepaalde gegevens – hoe relevant ook – beschikte. In de uitspraak RvA 18 oktober 2017, No. 35.676 (*Wilhelminasluis*) leidde dat tot het oordeel dat de opdrachtgever (op de grondslag van de informatieplicht) niet kan worden aangesproken, ook al zijn zeer belangrijke gegevens met betrekking tot een bestaande sluis door hem niet aan de aannemer ter beschikking gesteld.^[8] Overigens moesten de (aanzienlijke) kosten waarmee de aannemer zich als gevolg van de nieuwe informatie geconfronteerd zag in de *Wilhelminasluis*-kwestie wel door de opdrachtgever worden betaald, maar dan op grond van 'onvoorziene omstandigheden' in de zin van par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005.

19. Arbiters lijken in de *Cultuurhuis*-uitspraak aan te geven dat uit de *Fort Vechten*-uitspraak volgt dat de opdrachtgever vrij is om te bepalen welke informatie hij ter beschikking stelt. Het scheidsgerecht in de *Fort Vechten*-uitspraak heeft aangegeven dat het de opdrachtgever vrij staat een ontwerp met een diepgang naar eigen keuze te verstrekken en daarmee zelf te bepalen hoeveel bemoeienis hij bij het werk wil hebben. De *Fort Vechten*-uitspraak gaat mijns inziens dan ook primair over de verantwoordelijkheid van de opdrachtgever voor de inhoud van de Vraagspecificatie (zoals geregeld in par. 3 lid 3 UAV-GC 2005), waarbij de opdrachtgever de vrijheid heeft om een programma van eisen, een VO of een zelfs een DO op de markt te zetten. Het is mijns inziens niet zo dat de opdrachtgever in beginsel vrij staat naar eigen keuze informatie te verstrekken. Par. 3 lid 1 sub a UAV-GC 2005 bepaalt duidelijk dat de opdrachtgever verplicht is alle informatie ter beschikking te stellen die noodzakelijk is om de aannemer in staat te stellen het werk te realiseren.

20. Bedacht dient evenwel te worden dat de UAV-GC 2005 in beginsel eerst van toepassing zijn nadat de overeenkomst tussen opdrachtgever en aannemer is gesloten. Strikt genomen geldt dat de medewerkingsplicht uit de UAV-GC 2005 is bedoeld om de aannemer in staat te stellen het werk te realiseren en niet om voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomst een prijs te bepalen. De *Toelichting* vermeldt hier weliswaar dat informatie waarvan het ter beschikking stellen voor de aannemer noodzakelijk is in de regel ook informatie is die de aannemer nodig heeft om een verantwoorde aanbidding te doen^[9], maar waar in de aanbestedingsfase de UAV-GC 2005 nog niet van toepassing zijn kan van een verplichting gebaseerd op deze voorwaarden in beginsel geen sprake zijn.^[10] Wel wordt

aangenomen dat de opdrachtgever een calculeerbare situatie moet aanbieden aan de aannemer, zodat deze in staat is om een verantwoorde aanbieding te doen.^[11] Ten slotte geldt dat de precontractuele goede trouw zich er tegen zou kunnen verzetten dat de opdrachtgever informatie waarover hij beschikt niet ter beschikking stelt aan de aannemer.^[12] De opdrachtgever is in elk geval aansprakelijk wanneer hij bewust informatie voor de aannemer verzwijgt.^[13]

21. In de *tweede plaats* houdt de informatieplicht van de opdrachtgever in dat de opdrachtgever verantwoordelijk is voor de juistheid van de door hem verstrekte informatie. Deze verantwoordelijkheid is vastgelegd in lid 2 van par. 3 UAV-GC 2005. In dit geval was in annex X opgenomen dat de opdrachtgever verantwoordelijk was voor de inhoud van alle informatie die door middel van de aanbestedingsdocumenten aan de opdrachtnemer ter beschikking is gesteld. Deze verantwoordelijkheid is dus bedoeld (ook) van toepassing te zijn op de precontractuele fase.

22. Deze verantwoordelijkheid brengt volgens arbiters het volgende met zich mee: *'Onvolkomenheden in de informatie die leiden tot fouten in de aanbieding kunnen onder omstandigheden op grond van het bepaalde in paragraaf 44 lid 1 aanhef en sub b UAV-GC 2005 recht geven op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging.'* (rov. 14). Deze passage grijpt terug op de uitspraak RvA 16 februari 2018, No. 35.734 (rov. 112).

23. Uit eerdere rechtspraak volgt dat het bij deze verantwoordelijkheid van de opdrachtgever in beginsel geen verschil maakt of er sprake is van bindende of informatieve informatie.^[14]

24. Uit de verantwoordelijkheid van de opdrachtgever voor de juistheid van informatie op grond van UAV-GC 2005 vloeit verder niet voort dat de opdrachtgever de verplichting heeft om *volledige* informatie ter beschikking te stellen. De opdrachtgever moet – zoals we hiervoor zagen – de informatie verstrekken waarover hij beschikt (voor zover dat noodzakelijk is). Dié informatie moet juist zijn; volledigheid is dus (op grond van par. 3 lid 1 sub b UAV-GC 2005) geen vereiste.

25. In de hier aan de orde zijnde *Cultuurhuis*-zaak was dit nog eens expliciet in de aanbestedingsdocumenten vastgelegd (zie hiervoor): *'De opdrachtgever staat echter niet in voor de volledigheid van de informatie'*. Arbiters overwogen daarover dat dit in lijn is met de UAV-GC 2005 (rov. 14): *'De verantwoordelijkheid van de Opdrachtgever voor de ter beschikking gestelde informatie is in dit geval uitdrukkelijk beperkt tot informatie die onjuist zou zijn. Van die verantwoordelijkheid is uitgesloten dat de informatie onvolledig zou zijn. Arbiters achten deze beperking niet ongeoorloofd. Van een afwijking van de UAV-GC 2005 is geen sprake, nu in de UAV-GC 2005 slechts gesproken wordt van 'inhoud' van informatie en niet van de omvang daarvan. Voor onvolledige informatie staat de Opdrachtgever derhalve niet in.'*

26. Opvallend is dat arbiters dus de uitsluiting van aansprakelijkheid voor onvolledige informatie niet alleen '*niet ongeoorloofd*' vonden (mogelijk was door de aannemer een tegengesteld standpunt ingenomen), maar deze uitsluiting zelfs niet beschouwden als een afwijking van de UAV-GC 2005.

Verantwoordelijkheid voor onvolledige informatie

27. Vervolgens komen arbiters echter tot een relevante nuancering. Volgens arbiters brengt de verantwoordelijkheid voor de juistheid van de informatie – ondanks de uitsluiting van de verantwoordelijkheid voor onjuiste informatie – met zich mee dat (rov. 14): '*indien [...] de verstrekte informatie de indruk wekt of redelijkerwijs heeft mogen wekken dat de informatie op een of meer onderdelen wel volledig is, terwijl dat feitelijk niet het geval is, de informatie alsdan ook onder het begrip onjuist valt en aanleiding kan geven tot kostenvergoeding en/of termijnsverlenging.*'

28. Hoewel arbiters deze rechtsoverweging baseren op 'een redelijke uitleg' van de begrippen 'juistheid' en 'feitelijke onjuistheid' – zoals opgenomen in annex X bij de Basisovereenkomst – valt niet in te zien dat deze rechtsregel niet ook relevant zou zijn voor situaties waarin geen van de UAV-GC 2005 afwijkende bepalingen zijn overeengekomen. In gevallen als aan de orde in deze *Cultuurhuis*-zaak, waarin de opdrachtgever op niet mis te verstane wijze heeft aangegeven dat de door hem verstrekte informatie niet volledig is, is het voor een aannemer zelfs nog lastiger dan in een situatie waarin niet van de UAV-GC 2005 is afgeweken, om te onderbouwen dat onvolledigheid heeft te gelden als onjuistheid.

29. Onvolledigheid van informatie staat dus gelijk aan onjuistheid van informatie indien en voor zover de informatie redelijkerwijs de indruk heeft mogen wekken dat het volledige informatie was. Bij mijn weten is dat niet eerder in de rechtspraak op deze wijze geformuleerd. In een zaak uit 2013 heeft een scheidsgerecht van de RvA het uitgangspunt dat onvolledige informatie kan kwalificeren als onjuiste informatie wel *toegepast*. Arbiters overwegen daarin dat de aannemer ervan uit mocht gaan dat een van de opdrachtgever ontvangen kabel- en leidinginventarisatie volledig zou zijn.^[15] Het feit dat die informatie niettemin onvolledig bleek te zijn, had te gelden als een onjuistheid waarvoor de opdrachtgever aansprakelijk was.

30. De juistheid van het nu door het scheidsgerecht zo helder geformuleerde uitgangspunt spreekt mijns inziens voor zich. De praktijk is gediend met deze nuancering ten aanzien van de beperking van de verantwoordelijkheid van de opdrachtgever voor onvolledige informatie.

31. In de kwestie die hier aan de orde is, is door de aannemer bij de diverse geschilpunten een beroep gedaan op dit uitgangspunt. In geen van de gevallen wordt dit beroep door het scheidsgerecht echter gehonoreerd. De (hiervoor aangehaalde) voorbeholden van de opdrachtgever bij de door haar verstrekte informatie hebben daarbij een belangrijke rol gespeeld. Indien duidelijk is aangegeven dat een bepaald document niet volledig is of dat niet alles is onderzocht, kan de aannemer moeilijker volhouden dat hij

erop mocht vertrouwen dat de informatie niettemin volledig was. Dit temeer wanneer partijen (zoals in de *Cultuurhuis*-uitspraak het geval lijkt te zijn) hebben onderhandeld over de hieruit voortvloeiende risicoverdeling en het risico van 'tegevallers' expliciet bij de aannemer is neergelegd.

Par. 13 UAV-GC 2005 (bodemaspecten)

32. In de aan de orde zijn kwestie doet zich ook nog een discussie voor over de verhouding tussen het voorgaande en par. 13 lid 4 UAV-GC 2005. In deze paragraaf is opgenomen dat de aannemer niet aansprakelijk is voor verontreiniging die tijdens de uitvoering van de werkzaamheden wordt aangetroffen op, in of onder het bouwterrein. De aannemer doet bij één van de geschilpunten een beroep op deze regeling.

33. De opdrachtgever stelt echter dat partijen expliciet hebben onderhandeld over de bodemverontreiniging. Dit heeft erin geresulteerd dat de opdrachtgever ook op dit punt niet instaat voor de volledigheid van de informatie en dat het risico op tegenvallers bij de aannemer is komen te rusten. De opdrachtgever doet daarbij een beroep op de aangepaste par. 3 lid 2 UAV-GC 2005. De aannemer stelt daar tegenover dat dit beroep een 'dwaalspoor' zou zijn. Volgens de aannemer had het – indien de opdrachtgever de risico's van par. 13 lid 4 UAV-GC 2005 had willen exoneren – op de weg van de opdrachtgever gelegen om in annex X een afwijking van deze paragraaf op te nemen, hetgeen de opdrachtgever niet heeft gedaan.

34. Arbiters volgen ook hierin de opdrachtgever. Zij wijzen er daarbij op dat de par. 13 UAV-GC 2005 een algemene bepaling is. De (hiervoor aangehaalde) in de Basisovereenkomst en annexen opgenomen meer specifieke bepalingen bepalen in dit geval het kader waarbinnen par. 13 UAV-GC 2005 moet worden toegepast. Par. 13 diende aldus te worden toegepast op de feitelijk ingevulde overeenkomst, met als consequentie dat de werking beperkt is tot datgene waarvoor de opdrachtgever verantwoordelijk is, te weten onjuiste informatie. De stelling van arbiters dat de uitsluiting van verantwoordelijkheid voor onvolledige informatie geen afwijking van de UAV-GC 2005 inhoudt, lijkt mij in elk geval voor wat betreft de relatie met par. 13 UAV-GC 2005 niet houdbaar.

Conclusie en enkele reflecties

35. Geconcludeerd kan worden dat het scheidsgerecht een helder en voor de praktijk werkbaar uitgangspunt heeft geformuleerd, namelijk dat onvolledige informatie kwalificeert als onjuiste informatie indien het vertrouwen gewekt wordt dat deze informatie volledig is. In een recente uitspraak van de rechtbank Den Haag wordt het uitgangspunt onder verwijzing naar de *Cultuurhuis*-uitspraak inmiddels als vast uitgangspunt van de UAV-GC 2005 vermeld en toegepast.^[16] Hoewel het niet eerder zo expliciet werd geformuleerd, was dit uitgangspunt in de rechtspraak al eerder toegepast. In die zin kan van een 'doorbraak' in de jurisprudentie niet te worden gesproken. Wel is het goed dat – mede met het oog op de aanstaande herziening van de UAV-GC 2005 – de uitgangspunten van de UAV-GC 2005 in de

rechtspraak verder uitkristalliseren.

36. De uitkomst van deze *Cultuurhuis*-kwestie laat echter zien dat in de praktijk niet lichtvaardig wordt aangenomen dat onvolledige informatie onjuiste informatie is. Met name wanneer de opdrachtgever duidelijke voorbehouden opneemt ten aanzien van de onvolledigheid, doet de aannemer er goed aan daarvan alleen de risico's op zich te nemen als hij door eigen onderzoek daarvan een goed beeld kan krijgen.

37. Indien dergelijk onderzoek voorafgaande aan de inschrijving onvoldoende mogelijk is (ik kan niet beoordelen of dat in de *Cultuurhuis*-zaak het geval was), werpt dat de vraag op of het redelijk is dat met de onvolledigheid samenhangende risico's volledig bij de aannemer komen te liggen. Voor met name de bodem – die naar zijn aard onzekerheden met zich meebrengt – geldt dat er brede consensus over bestaat dat de risico's van onvoorziene (of zelfs onvoorzienbare) grondgesteldheid uiteindelijk bij de opdrachtgever en niet bij de aannemer horen te liggen.^[17] Indien beide partijen vooraf niet (kunnen) beschikken over ter zake relevante informatie en de aannemer de daarmee samenhangende risico's krijgt toebedeeld, rusten de risico's van onvoorziene (of zelfs onvoorzienbare) grondgesteldheid niettemin bij de aannemer. De aannemer kan op contracten met een dergelijke risicoverdeling in feite geen verantwoorde inschrijving doen, tenzij hij een hoge opslag vanwege deze onzekerheid opneemt. De UAV-GC 2005 gaan echter – in elk geval voor wat betreft de bodem^[18] (par. 13 UAV-GC 2005) – uit van calculeerbare risico's.^[19] In de *Cultuurhuis*-kwestie was echter, zoals we hierboven hebben gezien, een afwijking van par. 3 lid 2 opgenomen die derogeerde aan par. 13 UAV-GC 2005. Dit bleek vergaande consequenties te hebben voor (de aanspraken van) de aannemer.

38. In het verlengde hiervan ligt het mijns inziens op de weg van de (overheids)opdrachtgever om niet te snel voorbehouden op te nemen met betrekking tot de volledigheid van de door hem ter beschikking gestelde informatie – en zeker niet indien dit voorbehoud ook derogeeert aan par. 13 UAV-GC 2005.^[20] Daar moet wel concrete aanleiding voor zijn, waarbij de aannemer bovendien voldoende in de gelegenheid moet zijn om de ontbrekende informatie te achterhalen. Opdrachtgevers die niettemin hun verantwoordelijkheid voor de volledigheid van informatie op voornoemde wijze beperken, zullen worden geconfronteerd met het ontbreken van inschrijvers, met fors hogere inschrijfsommen (vanwege risico-opslagen) dan wel met uit de onevenwichtige situatie voortvloeiende geschillen met de aannemer.

1 G.L. (Gert) Weerheim is advocaat bij HabrakenRutten te Rotterdam.

2 Vgl. L.E.M. Haverkort e.a., 'Kroniek UAV-GC uitspraken 2019', *BR* 2020/24.

3 RvA 16 februari 2018, No. 35.734, *TBR* 2018/109, m.nt. G.L. Weerheim en J.M. Henriquez.

4 Zie *Toelichting* bij de MBO en UAV-GC 2005, CROW: 2005, p. 32.

- 5 Een voorbeeld waarin het noodzakelijkheids criterium op een – mijns inziens onterecht – ruime manier werd uitgelegd is: RvA 29 april 2014, No. 34.427.
- 6 Vgl. ook M.A.B. Chao-Duivis, 'An analysis and comparison of the Dutch standard contract for integrated contracts (turnkey/design and build) the FIDIC Yellow Book', *International Construction Law Review* 2006, p. 450-478.
- 7 Vgl. ook R.G.T. Bleeker, W.J.M. Herber & B. van der Zijpp, *UAV-GC 2005. Over problemen bij het werken met geïntegreerde contracten*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2016, p. 20.
- 8 RvA 18 oktober 2017, No. 35.676, *BR* 2018/22, m.nt. G.L. Weerheim. In de uitspraak werd overwogen: *'Echter, ook de Provincie beschikte niet over deze informatie. Deze is immers, zoals overwogen, pas na uitvoerig archiefonderzoek door A. boven water gekomen. Op grond van paragraaf 3 lid 1 UAV-GC 2005 is de verplichting van de Provincie tot verstrekking van informatie beperkt tot die informatie waarover de Provincie zelf beschikte, waaronder dus niet de door A. uit het archiefonderzoek verkregen gegevens vielen. De informatie die de Provincie wel ter beschikking heeft gesteld kan daarbij niet als onjuist worden beschouwd. Gelet daarop is er geen tekortkoming van de Provincie als bedoeld in dit artikellid.'*
- 9 Zie *Toelichting* bij de MBO en UAV-GC 2005, CROW: 2005, p. 32.
- 10 Vgl. M.A.B. Chao-Duivis, in *T&C Bouwrecht*, par. 3 UAV-GC 2005, aant. 2.
- 11 RvA 28 augustus 2006, No. 27.553.
- 12 HR 15 november 1957, [ECLI:NL:HR:1957:AG2023](#), NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).
- 13 HR 30 november 1973, [ECLI:NL:HR:1973:AC5383](#), NJ 1974, 97 en HR 2 april 1993, [ECLI:NL:HR:1993:ZC0915](#), NJ 1995, 94 (*Cattier/Waanders*).
- 14 RvA 21 augustus 2007, No. 27.733, [TBR 2008/130](#), p. 654 e.v. m.nt. E.W.J. van Dijk en recent Rb. Den Haag 1 juli 2020, [ECLI:NL:RBDHA:2020:5929](#), rov. 4.9.
- 15 RvA 28 maart 2013, No. 32.994. In deze kwestie was overigens duidelijk door de opdrachtgever gemeld dat hij alle gegevens met betrekking tot grondonderzoek en de inventarisatie van leidingen ter beschikking zou stellen.
- 16 Rb. Den Haag 1 juli 2020, [ECLI:NL:RBDHA:2020:5929](#), rov. 4.5.
- 17 P. Fenn, 'Review of international practice on the allocation on the risk of ground conditions', *International Construction Law Review* 2000, p. 448. Wat mij betreft, geldt dit temeer bij overheidsopdrachtgevers die op grond van de *Gids proportionaliteit* in beginsel niet behoren af te wijken van de UAV-GC 2005.
- 18 Voor 'tegenvallers' die niet onder par. 13 UAV-GC 2005 vallen, geldt dat in de UAV-GC 2005 geen aan par. 29 lid 3 UAV 2012 gelijke regeling is opgenomen, op basis waarvan (aanzienlijke) verschillen tussen hetgeen de aannemer met betrekking tot bestaande gebouwen, werken en/of terreinen heeft mogen aannemen enerzijds en de werkelijke toestand anderzijds, onder omstandigheden voor rekening van de opdrachtgever komen. Eerder heb ik betoogd dat dit

onwenselijk is, vgl. RvA 18 oktober 2017, No. 35.676, *BR* 2018/22, m.nt. G.L. Weerheim.

- 19 M.A.B. Chao-Duivis, 'An analysis and comparison of the Dutch standard contract for integrated contracts (turnkey/design and build) the FIDIC Yellow Book', *International Construction Law Review* 2006, p. 450-478: *'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.'*
- 20 Overheidsopdrachtgevers behoren immers op grond van de Gids proportionaliteit in beginsel niet af te wijken van de UAV-GC 2005.