

TBR 2021/47

Rechtbank Oost-Brabant, 14-10-2020, Zaaknr. C/01/360146 / KG ZA 20-379 , [ECLI:NL:RBOBR:2020:5031](#) (Voorlopig ontwerp voldoet niet aan vraagspecificatie: opdragen en kosten wijziging)

(Mr. E. Loesberg)

UAV-GC 2005: par. 4, par. 14, par. 15; Basisovereenkomst: art. 3

Voorlopig ontwerp. Definitief ontwerp. Uitvoeringsontwerp. Vraagspecificatie. Wijziging. Kosten wijziging. Opdragen wijziging.:

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

2 De feiten

2.1. Het waterschap heeft in 2012 een aanbesteding aangekondigd van de opdracht voor een ontwerp en realisatie van een energiezuinige rioolwaterzuiveringsinstallatie (RWZI) te Den Bosch. Bij de aanbesteding heeft het waterschap gebruik gemaakt van de concurrentie gerichte dialoog.

Gunningscriterium was de economisch meest voordelige inschrijving, met subgunningcriteria "prijs" en "kwaliteit".

2.2. Als onderdeel van de aanbesteding heeft het waterschap referentie eisen gesteld omtrent de ontwerpwaarden en -berekeningen van de toe te passen technologie voor stikstof en fosfaatverwijdering, de zogenoemde W4 referentie eisen.

2.3. Besix en Besix Sanotec zijn twee dochterondernemingen van Besix Group N.V., gevestigd te België. De onderneming van Sanotec is - gedurende de aanbestedingsprocedure overgedragen aan Besix.

2.4. De Combinatie is een vennootschap onder firma opgericht op 30 januari 2015 ter uitvoering van de uitbreiding en renovatie van de RWZI in 's-Hertogenbosch en betreft een samenwerking tussen Besix en Hegeman Beton- en Industriebouw B.V. (hierna: Hegeman). Hegeman is op 4 februari 2020 failliet verklaard.

2.5. Besix c.s. hebben op de aanbesteding ingeschreven met een voorlopig ontwerp dat is gebaseerd op - onder meer - de EssDe-technologie. Sweco Nederland is leverancier en licentiehouder van de EssDe-technologie. Deze technologie maakt gebruik van deammonificatie, een bacterieel proces waarbij ammonium en nitriet worden omgezet in stikstofgas.

2.6. De inschrijving van Besix c.s. was de economisch meest voordelige inschrijving. Bij brief van 15 januari 2015 heeft het waterschap medegedeeld dat de opdracht definitief wordt gegund aan Besix c.s. Op 24 februari 2015 hebben het waterschap en Besix c.s. de basisovereenkomst voor het ontwerp en de realisatie van het werk (de overeenkomst) getekend. Op de overeenkomst zijn de UAV-GC 2005 van toepassing verklaard. (paragraaf 4, lid 1 UAV-GC 2005).

2.7. Ter uitvoering van de overeenkomst diende het voorlopig ontwerp te worden uitgewerkt tot een definitief ontwerp. De einddatum voor acceptatie van het definitief ontwerp door het waterschap is bepaald op 24 oktober 2015.

2.8. In de overeenkomst is bepaald dat het werk voor oplevering gereed dient te zijn op uiterlijk 1 oktober 2018. De totale aanneemsom bedraagt € 39.870.000,00 (exclusief BTW).

2.9. Op 12 oktober 2015 hebben Besix c.s. een concept voor het definitief ontwerp ingediend. Het

waterschap heeft dit concept niet geaccepteerd omdat het niet voldeed aan de eisen W.4.1. tot en met W.4.4. van de vraagspecificatie. Besix c.s. konden onder meer niet aantonen dat de EssDe-technologie op het door haar ingeschreven referentieproject, de rioolwaterzuiveringsinstallatie in Strass (Oostenrijk), al meer dan een jaar in bedrijf was en daarbij de ontwerp-effluentnorm niet overschreed.

2.10. Partijen hebben vervolgens op allerlei niveaus gesproken over oplossingen, maar dit heeft niet geleid tot een acceptatie van het definitief ontwerp.

2.11. Bij brief van 6 december 2016 heeft het waterschap Besix c.s. formeel in gebreke gesteld en gesommeerd om binnen vijf maanden alsnog te voldoen aan alle eisen van de vraagspecificatie.

2.12. Tijdens een directievergadering op 29 mei 2019, hebben Besix c.s. erkend dat de EssDe technologie een hoogste experimentele en hypergevoelige technologie betreft en dat deze nooit zal voldoen aan de gestelde eisen in de vraagspecificatie. Besix c.s. hebben daarbij technologie provider Sweco aangewezen als de veroorzaker van de problematiek met de EssDe technologie.

2.13. Medio 2019 heeft de Combinatie voorgesteld om een "stand still periode" in te lassen. In die periode zouden partijen werken aan een alternatief voor de EssDe technologie, waarbij het waterschap zich bereid heeft verklaard gedurende deze periode gaan nadere boetes te innen. Partijen hebben hun afspraken vastgelegd in de overeenkomst met procesafspraken van 21 augustus 2019.

2.14. Deze afspraken luiden - voor zover hier van belang - als volgt:

"Overwegingen:

(...)

D. De Combinatie en het Waterschap hebben tijdens het directieoverleg d.d. 29 mei 2019 te Den Bosch overleg gehad. Ter gelegenheid van dat directieoverleg is aan het Waterschap medegedeeld dat, na diverse pogingen, niet aannemelijk is dat de EssDe-technologie binnen de reikwijdte en uitgangspunten van de Basisovereenkomst (mede inzake referentie-eis en corresponderend definitief ontwerp) en binnen afzienbare tijd zal kunnen gaan werken. (...)

E. Om alsnog een RWZI Den Bosch te verkrijgen die voldoet aan de bestuurlijke geformuleerde of hangende het ontwerpproces nog nader te formuleren doelstellingen, dient het oorspronkelijke ontwerp van de Combinatie zoals vervat in haar aanbieding - en daarmee ook het werk - ingrijpend te worden gewijzigd.

F. Partijen hebben tijdens genoemd directieoverleg naar elkaar toe de wens en de intentie uitgesproken om in nauwe samenwerking zo spoedig mogelijk te komen tot een aangepast ontwerp van de RWZI Den Bosch (hierna: DB 2.0) alsook aanpassing van de basisovereenkomst anderszins, waarna de Combinatie de uitvoering van dat ontwerp ter hand zal nemen. De extra uitvoeringskosten (mede omvattend vertragingen en personele inspanning) die met deze uitvoering gemoeid zullen zijn, zijn naar verwachting

substantieel.

G. In aanvulling op de geschetste EssDe-problematiek bestaat nog een aantal discussies die Partijen verdeeld houdt, waaronder aangaande legionella en aangaande de aanvoer van extern slib alsmede de aansprakelijkheid van Partijen voor schade en boeten over en weer alsmede de omvang van de bijdrage van Partijen in eventuele oplossingen (hierna, samen met de EssDe-problematiek: "Discussiepunten"). Partijen wensen ook deze discussiepunten bij voorkeur in der minne te schikken.

(...)

3 Kosten realisatie DB 2.0

3.1. Nadat partijen op hoofdlijnen het ontwerp voor DB 2.0 in onderlinge samenwerking hebben vervaardigd (al dan niet mede door middel van inschakeling van derden) en het erover eens zijn dat het geschikt is voor het beoogde doel, zal de Combinatie de kosten en de periode vaststellen die met de uitvoering van dit ontwerp gemoeid zullen zijn. De Combinatie zal zulks inzichtelijk maken aan het Waterschap.

4. Wijziging basisovereenkomst

4.1. Nadat de Combinatie aan het Waterschap op hoofdlijnen de kosten en periode gemoeid met de uitvoering van DB 2.0 inzichtelijk heeft gemaakt, zullen Partijen - met inachtneming van elkaars gerechtvaardigde belangen en hetgeen is opgenomen in deze afspraken - trachten tot overeenstemming te komen over een aanpassing van de Basisovereenkomst.

2.15. Beide partijen hebben vervolgens in een onderlinge rolverdeling gewerkt aan een alternatief ontwerp in de vorm van DB 2.0. Dit ontwerp bestaat in de kern uit het bijbouwen van een zesde "straat"- een aërobe tank - in de zogenoemde waterlijn, parallel aan de reeds gerealiseerde vijf straten. De implementatie van DB 2.0 zal neerkomen op het bijbouwen van ongeveer 20.000 m³ aan aërobe tanks/beluchtingsruimte. De toe te voegen zesde straat in de waterlijn zal 50 % van het binnenkomende afvalwater moeten gaan verwerken. De gehele waterlijn van de RWZI komt hiermee overall tot de vereiste zuiveringsprestaties.

2.16. Op 20 januari 2020 hebben Besix c.s. een raming opgesteld van de kosten van de realisatie van DB 2.0. De kosten voor DB 2.0 zijn daarbij geraamd op een bedrag van € 20.035.580,00.

2.17. In haar begeleidende brief van 5 februari 2020 hebben Besix c.s. aan het waterschap medegedeeld dat het niet langer kunnen toepassen van de EssDe-proces en het in verband daarmee opgestelde DB 2.0. dient te worden gekwalificeerd als een wijziging als bedoeld in artikel 14, lid 1 en/of lid 3 UAV-GC 2005. Voorts stellen Besix c.s. dat de onderdelen legionella, geur, influent samenstelling en specificaties van het aangevoerde slib nopen tot wijziging van documenten en werkzaamheden, die voor rekening van het waterschap komen. Besix c.s. menen dat dat zij vanwege deze omstandigheden aanspraak kunnen maken op kostenvergoeding, termijnverlenging en overige contractwijzigingen. Voorts stellen Besix c.s.:

"(...)

Het leidt er in ieder geval toe dat het Definitief Ontwerp (en dus de documenten) dient te worden aangepast, waarbij de Combinatie aanspraak maakt op vergoeding van de ontwerpkosten van de Ontwerpwerkzaamheden en de verlenging van de ontwerpduur die daarmee gepaard gaat. Daarenboven maakt de Combinatie aanspraak op vergoeding van de bouwkosten en de uitvoeringsduur die gepaard zal gaan met de (nieuw te ontwerpen) Uitvoeringswerkzaamheden.

Totdat er duidelijkheid bestaat over de hiervoor genoemde Wijziging en de gevolgen daarvan voor de Ontwerpwerkzaamheden (en Uitvoeringswerkzaamheden) zal de Combinatie ten aanzien van DB 2.0 een pas op de plaats maken en uitsluitend de tussen partijen gedeelde restpunten uitvoeren, zoals deze zijn besproken tijdens de bouwvergadering op 23 januari 2020."

2.18. Bij brief van 10 april 2020 heeft het waterschap medegedeeld dat zij Besix c.s. volledig verantwoordelijk houdt voor de adequate werking van de EssDe-technologie. Nu vast staat dat Besix c.s. met deze technologie niet kunnen voldoen aan de eisen uit de vraagspecificatie, is het volgens het waterschap aan Besix c.s. om een wijziging van het ontwerp voor te stellen door gebruikmaking van paragraaf 15 UAV-GC 2005.

2.19. Bij brief van 8 mei 2020 heeft het waterschap nogmaals benadrukt dat dat zij Besix c.s. aan al hun verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst houdt.

2.20. Op 9 september 2020 hebben Besix c.s. het waterschap gedagvaard voor de rechtbank 's-Hertogenbosch.

3 Het geschil

3.1. Het waterschap vordert - na wijziging van eis - bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad primair: Besix c.s. hoofdelijk te gebieden haar (ontwerp)werkzaamheden uit hoofde van de overeenkomst met het waterschap onverminderd voort te zetten en in dat kader te gebieden:

- a. binnen één maand na dagtekening van het vonnis DB 2.0 als wijziging in de zin van paragraaf 15 UAV-GC 2005 op te stellen en ter acceptatie in te dienen bij het waterschap, of
- b. binnen twee maanden na dagtekening van het vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter te bepalen termijn, als wijziging in de zin van paragraaf 15 UAV-GC 2005 een alternatief definitief ontwerp op te stellen en ter acceptatie in te dienen bij het waterschap, dat voldoet aan de in de vraagspecificatie gestelde eisen,

een en ander, tenzij de rechtbank in een nader te voeren bodemprocedure anders beslist,

subsidiair: Besix c.s. hoofdelijk te gebieden haar (ontwerp)werkzaamheden uit hoofde van de overeenkomst met het waterschap onverminderd voort te zetten, inhoudende dat zij binnen twee maanden na dagtekening van het vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter te bepalen termijn, op grond van artikel 5.1. van de overeenkomst haar voorlopig ontwerp - met inachtneming van de

opmerkingen van het waterschap daarop - dient uit te werken tot een definitief ontwerp en een uitvoeringsontwerp dat voldoet aan de eisen uit de vraagspecificatie,

primair en subsidiair: Besix c.s. hoofdelijk te veroordelen tot betaling van een direct opeisbare en voor matiging vatbare dwangsom van € 25.000,00 voor elke dag dat zij in gebreke blijven aan het vonnis te voldoen en met veroordeling van Besix c.s. hoofdelijk in de kosten van deze procedure.

3.2. Het waterschap legt daaraan ten grondslag dat Besix c.s. toerekenbaar zijn tekortgeschoten in de nakoming van hun verplichtingen uit hoofde van de tussen partijen gesloten overeenkomst. Op grond van die overeenkomst zijn Besix c.s. gehouden een ontwerp te maken voor de renovatie van de RWZI in Den Bosch dat voldoet aan de de eisen die het waterschap daaraan stelt. Het ontwerp van Besix c.s. blijkt echter ongeschikt en de RWZI functioneert slecht. Dit hebben Besix c.s. ook met zoveel woorden erkend tijdens de directiebespreking op 29 mei 2019 en in de procesafspraken van 21 augustus 2019. Nu er een uitgewerkt DB 2.0 voor handen is, waarover overeenstemming bestaat tussen partijen dienen Besix c.s. te worden veroordeeld DB 2.0, dan wel een alternatief definitief ontwerp, als wijziging in de zin van paragraaf 15 UAV-GC 2005 op te stellen en ter acceptatie in te dienen bij het waterschap. Subsidiair vordert het waterschap Besix c.s. te gebieden haar (ontwerp)werkzaamheden uit hoofde van de overeenkomst met het waterschap onverminderd voort te zetten, inhoudende dat zij haar voorlopig ontwerp - met inachtneming van de opmerkingen van het waterschap daarop - dient uit te werken tot een definitief ontwerp en een uitvoeringsontwerp dat voldoet aan de eisen uit de vraagspecificatie. Het waterschap heeft een spoedeisend belang bij haar vorderingen.

Besix c.s. hebben in hun brief van 5 februari 2020 aangegeven een "pas op de plaats te maken" en hebben daarmee hun verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst in feite opgeschort. Zolang de RWZI niet functioneert in overeenstemming met de vereisten die de vraagspecificatie daaraan stelt leidt het waterschap financiële schade door de veel hogere (beheers)kosten, door meer inzet van personeel, meer (overwerk door) storingen, kosten voor advisering en ondersteuning etc. Ook lijdt het waterschap imagoschade aangezien de RWZI op dit moment nog maar net binnen de verruimde bandbreedtes voor effluentnormen blijft. Deze verruiming van de normen eindigt echter per 31 december 2021 en het waterschap is met ingang van 2027 volgens de Europese KRW-richtlijnen gebonden aan nog strengere stikstof- en fosfaatsnormen.

3.3. Besix c.s. voeren daartegen de volgende verweren:

1. Het waterschap dient niet-ontvankelijk te worden verklaard in haar vorderingen jegens Besix Sanotec en de Combinatie.
2. Er bestaat géén verplichting voor Besix c.s. om een nieuw definitief ontwerp ter acceptatie aan te bieden. Het bepaalde in paragraaf 15 UAV-GC is een recht voor Besix c.s. en geen verplichting.
3. De referentie geschiktheidseis W4 is verworpen tot ontbindende voorwaarde (de data moesten na inschrijving door het waterschap nog worden gecontroleerd.) Ook bij acceptatie van het definitief

ontwerp heeft het waterschap een voorbehoud gemaakt. Daarmee is sprake van een voorwaardelijke gunning en acceptatie van de W.4 vereisten. Nu de voorwaarde voor gunning niet is vervuld, is de ontbindende voorwaarde ingetreden.

4. Besix c.s. zijn gerechtigd ontbinding te vorderen van de basisovereenkomst:

- omdat het waterschap haar betalingsverplichtingen niet nakomt. De betalingsachterstand bedraagt inmiddels € 6.928.609,00, voorts
- omdat het waterschap in gebreke is gebleven met het verstrekken van de juiste informatie ten aanzien van de samenstelling van het ongezuiverde afvalwater (influent), de geur van het te verwerken slib en het risico op legionella.

5. De vordering is onvoldoende bepaald en Besix c.s. kan geen ontwerpwerkzaamheden verrichten zonder de juiste (ontwerp)uitgangspunten.

6. De vordering is in strijd met artikel 2.163 Aanbestedingswet. Er is sprake van een wezenlijke wijziging van de opdracht.

7. Nakoming is onmogelijk.

8. De termijn voor nakoming is te kort en de dwangsom is te hoog.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. Gelet op het internationale karakter van onderhavig geschil, rijst allereerst de vraag of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft. Het waterschap baseert haar vordering op de overeenkomst. Nu in die overeenkomst een forumkeuze is gemaakt voor de bevoegde burgerlijke rechter te 's-Hertogenbosch is de voorzieningenrechter in casu bevoegd van het geschil kennis te nemen. Ter zitting hebben partijen desgevraagd verklaard dat op onderhavig geschil Nederlands recht van toepassing is. De voorzieningenrechter gaat er daarom vanuit dat partijen in casu een rechtskeuze hebben gemaakt voor Nederlands recht.

4.2. Besix c.s. hebben zich allereerst op het standpunt gesteld dat het waterschap niet ontvankelijk is in haar vorderingen jegens Besix Sanotec en de Combinatie. Dit verweer faalt. Niet in geschil is dat de overeenkomst waarvan het waterschap thans nakoming vordert in dit kort geding, is gesloten tussen het waterschap enerzijds en Besix, Besix Sanotec en Hegeman anderzijds. Van contract overneming door de Combinatie met toestemming van het waterschap is niet gebleken. Het enkele feit dat het waterschap de Combinatie in de praktijk ook als haar contractspartij heeft beschouwd doet er niet aan af dat Besix, Besix Sanotec en Hegeman contractueel gehouden zijn aan de overeenkomst. Dat Besix Sanotec thans onder een andere naam een andere onderneming drijft doet hieraan niet af. Nu van contract overneming door de Combinatie geen sprake is en de Combinatie dus formeel geen partij is bij de overeenkomst, zullen de tegen de Combinatie ingestelde vorderingen worden afgewezen.

4.3. Niet in geschil is dat de RWZI Den Bosch op dit moment niet voldoet aan de eisen uit de vraagspecificatie, in het bijzonder de eisen die de kwaliteit van het gezuiverde water voorschrijven. Het waterschap heeft daarmee een voldoende spoedeisend belang bij haar vorderingen in dit kort geding.

4.4. Uitgangspunt in dit kort geding is de tussen partijen op 24 februari 2015 gesloten overeenkomst voor het ontwerp en de realisatie van de RWZI. Op grond van die overeenkomst zijn Besix c.s. gehouden een ontwerp te maken en uit te voeren dat voldoet aan de eisen die het waterschap daaraan stelt. Niet ter discussie staat dat op enig moment is geconstateerd dat de EssDe-technologie nooit zou kunnen voldoen aan de door het waterschap gestelde eisen en dat, om alsnog een RWZI te verkrijgen die wel voldoet, het oorspronkelijke ontwerp van Besix c.s. ingrijpend dient te worden gewijzigd. Partijen hebben daarover afspraken gemaakt, welke afspraken zijn neergelegd in de overeenkomst met procesafspraken van 21 augustus 2019.

4.5. Partijen hebben ook concreet uitvoering gegeven aan hun (nadere) afspraken en hebben in een onderlinge rolverdeling gewerkt aan een aangepast ontwerp voor de RWZI, het zogenoemde DB 2.0. Vast staat ook dat Besix c.s. op 20 januari 2020, aan het waterschap toegezonden per e-mailbericht van 23 januari 2020, een kostenraming hebben opgesteld van DB 2.0 (prod. 40 van de zijde van het waterschap). Met het waterschap is de voorzieningenrechter van oordeel dat hieruit kan worden afgeleid dat Besix c.s. van mening waren dat het ontwerp voor DB 2.0. zoals het op dat moment gereed was, geschikt was om te voldoen aan de eisen van het waterschap. Bevestiging hiervoor kan worden gevonden in de procesafspraken die op dit punt luiden als volgt: *"Nadat partijen op hoofdlijnen het ontwerp voor DB 2.0 in onderlinge samenwerking hebben vervaardigd (al dan niet mede door middel van inschakeling van derden) en het erover eens zijn dat het geschikt is voor het beoogde doel, zal de Combinatie de kosten en de periode vaststellen die met de uitvoering van dit ontwerp gemoeid zullen zijn. (...)"* In het e-mailbericht wordt ook met zoveel woorden verwezen naar artikel 3.1. van de procesafspraken.

4.6. Nu voldoende aannemelijk is dat tussen partijen eind januari 2020 overeenstemming bestond over het ontwerp DB 2.0 en het feit dat dit geschikt is om aan de eisen van het waterschap te voldoen, ziet de voorzieningenrechter aanleiding de primaire vordering van het waterschap toe te wijzen als hierna te melden. Het verweer dat de vordering onvoldoende bepaald zou zijn, wordt op grond van het voorgaande verworpen. Hetzelfde geldt voor het verweer dat het geschil zich niet leent voor behandeling in kort geding. Het waterschap heeft er recht op dat Besix c.s. thans op korte termijn de overeenkomst met het waterschap nakomt. De voorzieningenrechter kan de gevolgen van zijn beslissing overzien en het geschil is dan ook geschikt om in kort geding te worden beoordeeld.

4.7. Besix c.s. hebben zich op het standpunt gesteld dat zij op grond van paragraaf 15 UAV-GC 2005 niet gehouden kunnen worden wijzigingen door te voeren in onder meer het voorlopig ontwerp en het

definitief ontwerp, maar dit verweer faalt. Anders dan Besix c.s. veronderstellen baseert het waterschap haar vordering niet op het bepaalde in paragraaf 15 UAV-GC 2005. Het waterschap vordert nakoming van de overeenkomst en de nader tussen partijen gemaakte afspraken. In dat kader vraagt zij Besix c.s. te veroordelen tot een wijziging van het ontwerp, waarvoor paragraaf 15 UAV-GC de mogelijkheid biedt.

4.8. Besix c.s. hebben nog aangevoerd dat verschillende omstandigheden die aan het licht zijn gekomen tijdens de uitvoering van het werk, zoals onjuistheden in de vraagspecificatie terzake de samenstelling van het influent, onjuistheden terzake de geur van het extern aangevoerd (te verwerken) slib en de aanwezigheid van legionella aan toewijzing van de vordering in de weg staan. Ook deze stelling faalt. Besix c.s. hebben op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt dat deze omstandigheden beletten dat DB 2.0 als wijziging van het ontwerp wordt opgesteld en ter acceptatie wordt ingediend bij het waterschap. In de kostenraming zijn in ieder geval geen voorbehouden op deze punten gemaakt. Daar komt bij dat partijen in de procesafspraken reeds hebben onderkend dat er meer discussiepunten zijn tussen partijen (onder andere aangaande de aanvoer van extern slib en legionella). Zij hebben daarbij echter juist een expliciet onderscheid gemaakt tussen de EssDe-problematiek enerzijds en de overige issues anderzijds. Ten aanzien van de EssDe problematiek hebben partijen de intentie uitgesproken om in nauwe samenwerking zo spoedig mogelijk te komen tot een aangepast ontwerp van de RWZI Den Bosch. Dit heeft geresulteerd in DB 2.0.

4.9. Besix c.s. kunnen evenmin worden gevolgd in hun stelling dat het aanbestedingsrecht aan toewijzing van de vordering in de weg staat. Anders dan Besix c.s. stellen is hier geen sprake van een wijziging van de opdracht, maar van een wijziging van het ontwerp, zodanig dat Besix c.s. alsnog aan hun verplichting om het werk te realiseren overeenkomstig de eisen uit de vraagspecificatie kunnen voldoen. Van een wezenlijke wijziging van de opdracht in strijd met het aanbestedingsrecht, kan reeds om die reden geen sprake zijn.

4.10. Dat het waterschap zich het recht heeft voorbehouden om na inschrijving nog de door Besix c.s. opgegeven data van de RWZI Strass te controleren, betekent niet dat daarmee een ontbindende voorwaarde is ontstaan, laat staan dat Besix c.s., bij het niet voldoen aan de eis, daarop een beroep zouden kunnen doen. Ook dit verweer kan niet aan toewijzing van de vordering in de weg staan. Dit geldt evenzeer voor het beroep van Besix c.s. op ontbinding van de overeenkomst. Nog daargelaten dat niet goed valt in te zien dat Besix c.s. nu voor het eerst een beroep doen op (partiele) ontbinding van de overeenkomst (waar zij stellen dat het waterschap al met ingang van 1 oktober 2018 in verzuim is), staat toewijzing van de vordering in dit kort geding niet in de weg aan een beoordeling in de bodemprocedure over de vraag of Besix c.s. een geslaagd beroep op ontbinding van de overeenkomst toekomt en/of het falen van de EssDe-technoogie aan het waterschap te wijten zou zijn.

4.11. Dat de termijn voor nakoming te kort is omdat eerst duidelijkheid moet worden verkregen over de

afwijkende influent samenstelling, de afwijkende kwaliteit van extern aangevoerd slib en de legionella problematiek, is, zoals hiervoor reeds is overwogen, onvoldoende aannemelijk geworden.

4.12. Gezien het tijdsverloop en de proceshouding van Besix c.s., heeft de voorzieningenrechter er geen vertrouwen in dat zij, zonder stok achter de deur, aan de veroordeling zullen voldoen. Aan de veroordeling zal een dwangsom met daaraan een maximum worden verbonden. Indien Besix en Besix Sanotec vrijwillig aan de veroordeling voldoen, verbeuren zij ook geen dwangsom. (*Enz., enz., Red.*)

Noot

1. Bij de aanbesteding van opdrachten op basis van de UAV-GC 2005 zien we in de praktijk regelmatig de situatie voorbij komen waarin de Opdrachtgever een aanbesteding organiseert waarbij hij aan de deelnemers aan die aanbesteding vraagt om, op basis van de Vraagspecificatie, als onderdeel van hun Aanbieding een voorlopig ontwerp op te stellen. Het voorlopig ontwerp opgesteld door de winnende inschrijver wordt vervolgens het ontwerp dat door de winnende inschrijver (na gunning Opdrachtnemer genaamd) moet worden uitgewerkt tot een Definitief Ontwerp en Uitvoeringsontwerp als bedoeld in artikel 5 lid 2 Basisovereenkomst. Omdat de UAV-GC 2005 niet specifiek voor deze situatie geschreven zijn^[2], kan de vraag rijzen hoe de verantwoordelijkheden en verplichtingen liggen indien na gunning blijkt dat op basis van het door de Opdrachtnemer bij de aanbesteding aangeboden voorlopig ontwerp niet een Werk kan worden gerealiseerd dat aan de uit de Overeenkomst voortvloeiende eisen voldoet.^[3]

2. In de hierboven weergegeven casus die diende bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant had de winnende inschrijver als onderdeel van zijn Aanbieding een voorlopig ontwerp ingediend dat onder meer gebaseerd was op de zogenoemde EssDe-technologie. Dat voorlopig ontwerp diende hij na de gunning uit te werken tot een Definitief Ontwerp en vervolgens tot een Uitvoeringsontwerp. Toen hij na gunning bij de Opdrachtgever een concept Definitief Ontwerp had ingediend, gebaseerd op de EssDe-technologie waarop ook het voorlopig ontwerp was gebaseerd, bleek echter dat de EssDe-technologie een hoogst experimentele en hypergevoelige technologie betreft die nooit zou voldoen aan de eisen in de Vraagspecificatie.^[4] De Opdrachtgever weigerde daarom het concept Definitief Ontwerp van de Opdrachtnemer te accepteren.

3. Om een Werk te realiseren dat aan de Vraagspecificatie zou voldoen, diende het oorspronkelijke voorlopig ontwerp met EssDE-technologie, dat onderdeel was van de Aanbieding van de Opdrachtnemer, ingrijpend te worden gewijzigd.^[5] Over de (technische) aard van de wijziging die nodig zou zijn om aan de Vraagspecificatie te voldoen, bereikten partijen overeenstemming. Dat alternatief ontwerp duiden zij aan met DB 2.0.^[6] Waar zij echter geen overeenstemming over konden bereiken was over de vraag voor wiens rekening de financiële en tijdsgevolgen van die Wijziging zouden komen. Die waren geraamd op € 20.035.580,=.^[7]

4. De Opdrachtnemer meende dat het nieuwe ontwerp kwalificeerde als een Wijziging als bedoeld in paragraaf 14 UAV-GC 2005, zodat de gevolgen in tijd en geld voor rekening zouden komen van de Opdrachtgever.^[8] Paragraaf 14 UAV-GC 2005 bepaalt dat de Opdrachtgever gerechtigd is om Wijzigingen op te dragen, onder meer wijzigingen van eisen opgenomen in de Vraagspecificatie, wijzigingen in de Basisovereenkomst en wijzigingen van keuzes die de Opdrachtnemer binnen zijn ontwerpvrijheid bij het uitvoeren van zijn Werkzaamheden heeft gemaakt. De gevolgen van dergelijke Wijzigingen komen voor rekening van de Opdrachtgever.^[9]

5. De Opdrachtgever weigerde echter een Wijziging ex paragraaf 14 UAV-GC 2005 op te dragen en meende daarentegen dat het aan Opdrachtnemer was om het alternatief ontwerp als een Wijziging als bedoeld in paragraaf 15 UAV-GC 2005 ter acceptatie voor te leggen^[10], zodat de gevolgen in tijd en geld voor rekening zouden komen van Opdrachtnemer. Paragraaf 15 UAV-GC 2005 bepaalt dat de Opdrachtnemer - onder voorwaarden - gerechtigd is om op eigen initiatief een Wijziging door te voeren in de door hem verrichte Werkzaamheden. Blijkens de Toelichting ziet die mogelijkheid onder meer op het geval dat de Opdrachtnemer tijdens het verrichten van zijn ontwerpwerkzaamheden tot de ontdekking komt dat eerdere keuzes of eerdere ontwerpen die hij heeft gemaakt, fouten bevatten waardoor niet voldaan zal worden aan de uit de Overeenkomst voortvloeiende eisen.^[11]

6. Omdat er geen beweging in de zaak kwam besloot de Opdrachtgever een kort geding tegen de Opdrachtnemer aanhangig te maken. De voorzieningenrechter oordeelde in het voordeel van de Opdrachtgever en veroordeelde de Opdrachtnemer om ontwerp DB 2.0 als Wijziging in de zin van paragraaf 15 UAV-GC 2005 op te stellen en ter acceptatie bij de Opdrachtgever in te dienen.

7. Heel uitgebreid motiveert de voorzieningenrechter zijn oordeel niet, maar UAV-GC 2005-technisch is het denk ik wel te volgen.^[12] Immers, ingevolge paragraaf 4 lid 1 UAV-GC 2005 dient de Opdrachtnemer zijn Ontwerp- en Uitvoeringswerkzaamheden zodanig te verrichten, dat het Werk bij oplevering voldoet aan de uit de Overeenkomst voortvloeiende eisen.^[13] Onderdeel van de eisen waaraan het Werk moet voldoen, zijn de eisen opgenomen in de Vraagspecificatie. Dat het voorlopig ontwerp strijdig is met de eisen opgenomen in de Vraagspecificatie, maakt niet dat de Opdrachtnemer niet aan de eisen opgenomen in de Vraagspecificatie hoeft te voldoen. Dat voorlopig ontwerp maakte immers onderdeel uit van de Aanbieding van de Opdrachtnemer, en artikel 3 lid 2 Basisovereenkomst bepaalt dat bij strijdigheid tussen de Vraagspecificatie en de Aanbieding de Vraagspecificatie prevaleert. De Aanbieding mag op grond van artikel 3 lid 1 Basisovereenkomst dan wel een 'contractdocument' zijn, maar heeft de Vraagspecificatie dus niet gewijzigd. Daarom is ontwerp DB 2.0, dat voldoet aan de Vraagspecificatie, ook geen Wijziging als bedoeld in paragraaf 14 UAV-GC 2005.

8. De conclusie moet dan zijn dan de situatie neer komt op het geval beschreven in de Toelichting bij

paragraaf 15 UAV-GC 2005: de Opdrachtnemer komt er bij het uitvoeren van de Werkzaamheden achter dat met zijn ontwerp het Werk niet zal voldoen aan de uit de Overeenkomst voortvloeiende eisen.^[14] Blijkens het vonnis is de Opdrachtnemer dan niet alleen 'gerechtigd'^[15] een Wijziging in zijn ontwerp door te voeren waardoor wél aan de eisen zal worden voldaan, maar is hij daartoe - op grond van paragraaf 4 lid 1 UAV-GC 2005 - verplicht.

9. Bovengenoemde zaak doet denken aan een zaak waarover de Raad van Arbitrage voor de Bouw in 2012 (eerste aanleg) en 2013 (hoger beroep) heeft geoordeeld.^[16] Ook daar had de Opdrachtnemer bij zijn Aanbieding een voorlopig ontwerp ingediend dat hij na gunning moest uitwerken tot een Definitief Ontwerp en een Uitvoeringsontwerp, en ook daar ontstond tussen partijen een geschil over dat voorlopig ontwerp. De Opdrachtnemer wilde zijn voorlopig ontwerp wijzigen op grond van par. 15 UAV-GC 2005, maar de Opdrachtgever weigerde daaraan mee te werken.

10. Essentieel verschil tussen die zaak bij de RvA en de bovengenoemde zaak is echter dat er geen sprake was van strijdigheid tussen voorlopig ontwerp en vraagspecificatie. Dat voorlopig ontwerp voldeed aan de eisen opgenomen in de Vraagspecificatie. Daarom zag de Opdrachtgever geen reden om aan een Wijziging van dat voorlopig ontwerp mee te werken. Bovendien meende de Opdrachtgever dat met de door de Opdrachtnemer voorgestelde Wijziging niet langer voldaan zou worden aan de Vraagspecificatie. De Opdrachtgever vorderde - met succes - dat de Opdrachtnemer geen Wijziging als bedoeld in paragraaf 15 UAV-GC 2005 kon doorvoeren.

11. UAV-GC 2005-technisch kwamen arbiters als volgt tot dat oordeel. Op grond van artikel 3 lid 1 Basisovereenkomst was het voorlopig ontwerp, als onderdeel van de Aanbieding van de Opdrachtnemer, een contractdocument. De Opdrachtnemer was gehouden dat voorlopig ontwerp, een contractdocument, uit te werken tot een Definitief Ontwerp en vervolgens tot een Uitvoeringsontwerp. Paragraaf 15 UAV-GC 2005 geeft de Opdrachtnemer niet het recht om een contractdocument te wijzigen. Weliswaar bepaalt paragraaf 15 UAV-GC 2005 dat de Opdrachtnemer gerechtigd is - onder voorwaarden - door hem opgestelde Documenten te wijzigen^[17], maar het voorlopig ontwerp dat onderdeel uitmaakte van zijn Aanbieding, is geen "Document" als bedoeld in paragraaf 15 UAV-GC 2005, omdat onder de UAV-GC 2005 een "Document" een document is dat de Opdrachtnemer ná de gunning heeft opgesteld bij het uitvoeren van de aan hem opgedragen Werkzaamheden,^[18] en de Opdrachtnemer het voorlopig ontwerp vóór de gunning had opgesteld. Daarom was de Opdrachtnemer niet gerechtigd zijn voorlopig ontwerp te wijzigen zonder toestemming van de Opdrachtgever.^[19]

Conclusie en enkele reflecties

12. Uit de hiervoor besproken uitspraak van de voorzieningenrechter Oost-Brabant volgt dus, kort gezegd, dat de Opdrachtnemer die met zijn Aanbieding een voorlopig ontwerp heeft ingediend - indien

na gunning blijkt dat met zijn ontwerp het Werk niet zal voldoen aan de Vraagspecificatie - verplicht is een Wijziging ex paragraaf 15 UAV-GC 2005 door te voeren in het ontwerp (i.e. in zijn Werkzaamheden). Uit de rangorderegeling van de Basisovereenkomst vloeit immers voort dat de Vraagspecificatie voorgaat op de Aanbieding. De in 2012 en 2013 door de Raad van Arbitrage voor de Bouw gewezen vonnissen zien ook op een situatie dat als onderdeel van de Aanbieding een voorlopig ontwerp was ingediend. Daarbij ging het er echter niet om dat het voorlopig ontwerp in strijd zou zijn met de Vraagspecificatie (dan zou de Opdrachtnemer dus verplicht zijn geweest het ontwerp aan te passen). Het ging daar om de vraag of de Opdrachtnemer bevoegd was om op basis van paragraaf 15 UAV-GC 2005 Wijzigingen voor te stellen in de Aanbieding (het voorlopig ontwerp) en of de Opdrachtgever verplicht was die Wijzigingen te accepteren. Dat was volgens arbiters niet het geval; de Aanbieding is geen 'Document' dat op grond van paragraaf 15 UAV-GC 2005 voor wijziging in aanmerking komt.

13. Dat is dus - ondanks de gelijkenis op het eerste gezicht - een heel ander geval dan aan de orde in de uitspraak van de voorzieningenrechter Oost-Brabant. Daaruit volgt dat het indienen van een voorlopig ontwerp dat contractdocument wordt, onverlet laat dat voldaan moet worden aan de eisen van de Vraagspecificatie.

14. Aangezien de aanneemsom van een Opdrachtnemer gebaseerd zal zijn op het door hem bij zijn Aanbieding ingediende voorlopige ontwerp neemt de Opdrachtnemer dus een risico: als het voorlopig ontwerp toch niet blijkt te voldoen, zal de aannemer een alternatief ontwerp moeten realiseren zonder dat recht op prijsaanpassing bestaat. Tegelijk geldt dat de Opdrachtnemer later ook niet kan afdwingen wijzigingen aan te brengen in een bij zijn Aanbieding ingediend voorlopig ontwerp dat wel voldoet, als later bijvoorbeeld blijkt dat het met een ander ontwerp goedkoper kan. Gegeven het feit dat het voorlopig ontwerp binnen het (veelal beperkte) tijdsbestek van een aanbesteding in concurrentie moet worden opgesteld, roept het de vraag op of deze wijze van toepassing van de UAV-GC 2005 in alle gevallen tot het (voor alle partijen) beste resultaat zal leiden.

15. Ten slotte: in de ter visie gelegde (concept) UAV-GC 2020 is een in het licht van het voorgaande relevante wijziging van paragraaf 15 UAV-GC 2005 opgenomen, namelijk in paragraaf 15 lid 3. Uit dit gewijzigde lid volgt dat de Opdrachtgever de Acceptatie van een door Opdrachtnemer voorgestelde Wijziging (ex paragraaf 15) niet kan weigeren indien de realisatie van het Werk *'conform de uit de Overeenkomst voortvloeiende eisen, bij een ongewijzigde Overeenkomst onmogelijk is'*. Dat lijkt mij een terechte aanvulling, waarmee impasses kunnen worden voorkomen.

G.L. Weerheim

- 1 Gert Weerheim is advocaat bij HabrakenRutten.
- 2 De UAV-GC 2005 systematiek lijkt uit te gaan van het scenario dat vóór de inschrijving door de Opdrachtgever een ontwerp (neergelegd in de Vraagspecificatie) wordt opgesteld en dat de verdere ontwerpwerkzaamheden van de Opdrachtnemer plaatsvinden na gunning. Dit blijkt onder meer uit de formulering van artikel 5 Basisovereenkomst. Dat laat natuurlijk onverlet dat de UAV-GC 2005 wel toegepast kunnen worden voor het scenario dat al voor inschrijving ontwerpwerkzaamheden worden uitgevoerd door de Opdrachtnemer.
- 3 Paragraaf 4 lid 1 UAV-GC 2005 bepaalt dat de Opdrachtnemer verplicht is de Ontwerp- en Uitvoeringswerkzaamheden zodanig te verrichten dat het Werk op de in de Basisovereenkomst vastgelegde datum van oplevering voldoet aan de uit de Overeenkomst voortvloeiende eisen.
- 4 Zie ro. 2.12.
- 5 Zie in ro. 2.14 het citaat uit de tussen partijen gemaakte afspraken, onder E.
- 6 Zie ro. 2.15.
- 7 Zie ro. 2.16.
- 8 Zie ro. 2.17.
- 9 Zie de procedure in paragraaf 45 UAV-GC 2005.
- 10 Zie ro. 2.18 en 2.19.
- 11 Toelichting bij Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005, p. 62.
- 12 Blijkens ro. 4.7 baseerde de Opdrachtgever zijn vordering niet alleen op nakoming van de Basisovereenkomst, maar ook op 'nader tussen partijen gemaakte afspraken'. Ik beperk mij in deze noot echter tot de UAV-GC 2005.
- 13 Zie ook ro. 4.4.
- 14 Zie, nogmaals, de Toelichting bij Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005, p. 62.
- 15 De Opdrachtnemer stelde zich blijkens ro. 3.3. onder 1. op het standpunt dat paragraaf 15 UAV-GC 2005 slechts een recht tot Wijziging bevat en niet een verplichting.
- 16 RvA 13 december 2013, No. 34.618 en RvA 30 december 2014, No. 71.932.
- 17 Zie paragraaf 15 lid 1 sub (b) UAV-GC 2005.
- 18 Zie de definitie van 'Document' in paragraaf 1 UAV-GC 2005. Zie het vonnis in hoger beroep: RvA 30 december 2014, No. 71.932, ro. 46 en 47.
- 19 Zie wederom het vonnis in hoger beroep: RvA 30 december 2014, No. 71.932, ro. 74-77, 82-83.