

inschatting en de gevolgen daarvan voor haar rekening blijven.

De polderconstructies

35. Het gewijzigde ontwerp van de kunstwerken betekende ook dat de polderconstructies aangepast moesten worden. Naar het oordeel van arbiters geldt hiervoor hetzelfde als voor de kunstwerken. Dat de gronden waarin de polderconstructies moesten worden gerealiseerd pas na 15 maart 2012 beschikbaar kwamen doet daar niet aan af, omdat grondverwerving niet in de weg staat aan ontwerpwerkzaamheden en ondernemster bij het maken van haar ontwerp al rekening had te houden met een grotere kokerconstructie dan die van haar 'aanbiedingsontwerp'. Dat klemt temeer omdat maar een van de kunstwerken groter is geworden en ondernemster daarvoor een voorziene opnam in haar inschrijvingsbegroting.

De ontlastbronnen

36. Ondernemster heeft voor de polderconstructies ontlastbronnen toe moeten passen. Zij is van mening dat zij op basis van de in de tenderfase bekende informatie daarop niet behoefde te rekenen. Opdrachtgever meent dat ondernemster daarmee wel rekening had moeten houden. Daarnaast is opdrachtgever van mening dat ondernemster haar aanspraak te laat kenbaar heeft gemaakt.

37. Ondernemster beroept zich op een onvoorzien omstandigheid van dien aard dat opdrachtgever naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag verwachten dat de overeenkomst ongewijzigd in stand blijft.

38. Zoals hiervoor al besproken is ondernemster op grond van paragraaf 13 van de UAV-GC 2005 als ontwerpverantwoordelijke, verantwoordelijk voor de afstemming van het werk op de geotechnische gesteldheid van de bodem. Op grond van de - weliswaar - beperkte in de tenderfase aan haar beschikbare informatie kon of behoorde ondernemster te weten dat sprake was van een sterk variabele bodemopbouw, in verband waarmee zij ook een reservering opnam voor het doen van nader bodemonderzoek.

39. In de sector waarbinnen ondernemster werkzaam is, is bovendien algemeen bekend dat het in Z. gebruikelijk is om bij werken als deze ontlastbronnen toe te passen. Ondernemster moet, gezien haar professionaliteit op dit vakgebied geacht worden hiervan wetenschap te hebben (gehad). In dit licht is sprake van een normaal voor ondernemster te verwachten risico dat zij in haar prijs had moeten verdisconteren.

40. Er is geen sprake van een omstandigheid van een zodanig uitzonderlijk karakter

dat ondernemster daarmee in het geheel geen rekening kon houden, evenmin is sprake van een omstandigheid die, zo al niet geheel onvoorzien, niet strookt met de normaal ter plekke te verwachten bodemopbouw. In verband hiermee is aan het vereiste op grond waarvan opdrachtgever geen instandhouding mocht verwachten van de tussen partijen gesloten overeenkomst niet voldaan.

41. Alles overziend komen arbiters tot de conclusie dat geen sprake is van onvoorzien omstandigheden van dien aard dat opdrachtgever naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag verwachten dat de overeenkomst ongewijzigd in stand blijft. Alle vorderingen van ondernemster worden afgewezen.

42. Ten overvloede overwegen arbiters dat ondernemster het moeten toepassen van ontlastbronnen bovendien te laat heeft gemeld. Ondernemster stelt dat eind augustus 2014 bleek dat ontlastbronnen nodig waren (zie randnummer 85 mvr), in verband waarmee zij op 27 november 2014 een meerwerkmelding AW-19062 (productie 10 mve) deed. J. constateerde echter in juli 2012 al dat in de tweede zandlaag ontlastbronnen moesten worden toegepast. Gezien het tijdsverloop tussen juli 2012 en november 2014 moet geconcludeerd worden dat sprake was van een te late melding, op grond waarvan de vordering op dit punt eveneens dient te worden afgewezen. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

Inleiding

1. Als onderdeel van de aanleg van een nieuwe rijksweg was aan Opdrachtnemer het ontwerp en de realisatie van vier onderdoorgangen (de kunstwerken KW1 tot en met KW4) voor onder meer fietsverkeer en lokaal autoverkeer opgedragen. Op het werk waren de UAV-GC 2005 van toepassing. Het geschil spitst zich toe op het feit dat Opdrachtnemer in zijn aanbiedingsontwerp is uitgegaan van een op staal gefundeerde tunnelbak. Vervolgens is Opdrachtnemer na gunning overgestapt op een ontwerp van een hoog gefundeerd dek op palen, maar moest uiteindelijk toch weer terugkeren naar een op staal gefundeerde tunnelbak.

2. Volgens Opdrachtnemer werd deze koerswijziging veroorzaakt doordat pas in een zeer laat stadium sprake bleek te zijn van extreme lokale afwijkingen in de bodemgesteldheid. Door de extreme grilligheid van de bodem heeft Opdrachtnemer de kunstwerken en de polderconstructies anders moeten ontwerpen en heeft hij, tegen verwachting in, ontlastbronnen moeten toepassen. Opdrachtnemer vindt dat deze afwijkingen op basis van de door Opdrachtgever ter beschikking gestelde bodemgegevens voor hem niet voorzienbaar waren. Tijdens de aanbestedingsfase en na gunning was grondonderzoek niet zonder meer overal mogelijk. Zo waren pas na 15 maart 2012 alle gronden in eigendom van Opdrachtgever, zodat Opdrachtnemer daarin niet

eerder kon onderzoeken, en was hij in de aanbestedingsfase gebonden aan de door Opdrachtgever gestelde voorwaarden dat waterafsluitende lagen niet geperforeerd mochten worden en dat buiten de geplande ontgravingen geboord diende te worden. Verder betoogde Opdrachtgever dat hij in en bij het spoor alleen onderzoek kon doen na daartoe verkregen toestemming van G. en daarbij rekening moest houden met een minimaal drie maanden durend aanvraagtraject. Hierbij is van belang dat het eerste in februari 2012 door Opdrachtgever uitgevoerde grondonderzoek aanvankelijk nog zijn keuze voor een palenontwerp bevestigde. In zijn onderzoek ter verdere validatie van het palenontwerp begin mei 2012 (nog steeds buiten het spoor), bleek het palenontwerp echter toch geen reële optie te zijn. De variatie in de bodemopbouw zou tot een grote variatie in paallengtes leiden waardoor het voor hem in hoge mate onzeker was of de uitvoering van het kunstwerk KW4 binnen de eerste contractuele buitendienststelling realiseerbaar was. Opdrachtgever moest daarom dus noodgedwongen terugkeren naar een op staal gefundeerde tunnelbak.

3. Opdrachtgever doet daarom een beroep op paragraaf 13 UAV-GC 2005. Hij vindt dat hij, zoals deze paragraaf verlangt, voldoende heeft gedaan om zijn werkzaamheden af te stemmen op de bodemgesteldheid zoals hij die kon kennen uit de door Opdrachtgever ter beschikking gestelde beschikbare bodemgegevens. Hieraan verbindt Opdrachtgever de conclusie dat hij niet aansprakelijk is voor vertragingen en schade die uit de afstemming op de bodemgesteldheid voortvloeien. Opdrachtgever gaat echter nog een stap verder. Als Opdrachtgever niet aansprakelijk is, dan moet logischerwijze Opdrachtgever aansprakelijk zijn en dient Opdrachtgever, op grond van paragraaf 44 UAV-GC 2005, de meerkosten die Opdrachtgever heeft moeten maken te vergoeden.

4. Arbiters gaan hier niet in mee en wijzen zowel een beroep op paragraaf 13 UAV-GC 2005 als een beroep op paragraaf 44 UAV-GC 2005 af.

Paragraaf 13 UAV-GC 2005

5. Paragraaf 13-1 UAV-GC 2005 bepaalt dat Opdrachtgever verantwoordelijk is 'voor de afstemming van de Werkzaamheden op de bodemgesteldheid'. Als door de manier waarop Opdrachtgever zijn Werkzaamheden heeft afgestemd op de bodemgesteldheid, vertraging in de uitvoering van de overeenkomst, schade aan of gebreken in het werk of schade aan andere goederen van Opdrachtgever of van derden ontstaat, is Opdrachtgever daarvoor aansprakelijk, aldus het eerste lid. Die aansprakelijkheid vervalt, zo bepaalt het tweede lid van paragraaf 13, als Opdrachtgever aantoont dat hij ter voorkoming van vertraging, schade of gebreken alle voorzorgsmaatregelen heeft genomen die, gegeven de aard en inhoud van de overeenkomst, de aard van het werk en de overige omstandigheden van het geval, van een zorgvuldig opdrachtnemer verwacht mogen worden. Opdrachtgever is van mening dat hij aan het vereiste van paragraaf 13-2 heeft voldaan (ro. 19).

6. Paragraaf 13-1 UAV-GC 2005 verlangt allereerst dat wordt vastgesteld wat in kwestie allemaal onder de 'Werkzaamheden' van Opdrachtgever valt. Daarvoor kan de definitie van 'Werkzaamheden', zoals opgenomen in paragraaf 1 UAV-GC 2005, worden geraadpleegd die als volgt luidt: *'het geheel van Ontwerp-, Uitvoerings- en Onderhoudswerkzaamheden, dat de Opdrachtgever moet verrichten om te bewerkstelligen dat het Werk op de in de Basisovereenkomst vastgelegde datum van oplevering en, indien overeengekomen, gedurende de Meerjarige Onderhoudsperiode, aan de uit de Overeenkomst voortvloeiende eisen beantwoordt.'* Maar wat in het concrete projectspecifieke geval de scope van de Ontwerpwerkzaamheden is, wordt vooral bepaald door artikel 5, lid 2 van de Basisovereenkomst. In dit artikel kan er immers voor worden gekozen de Opdrachtgever verantwoordelijk te stellen voor het uitwerken van het voorlopig ontwerp, het definitief ontwerp en het uitvoeringsontwerp (optie 1), voor het definitief ontwerp en het uitvoeringsontwerp (optie 2) of alleen voor het uitvoeringsontwerp (optie 3). Deze keuze bepaalt wat vervolgens in het concrete geval de 'reikwijdte' van paragraaf 13 is. Zoals de toelichting bij de UAV-GC 2005 (p. 53) ook aangeeft, kan een Opdrachtgever namelijk alleen verantwoordelijk zijn voor de invloed die de bodemgesteldheid op 'zijn' Werkzaamheden uitoefent. Wat 'zijn' Werkzaamheden zijn, hangt dus af van de invuloefening van artikel 5, lid 2 van de Basisovereenkomst. Draagt een Opdrachtgever alleen de verantwoordelijkheid voor het uitvoeringsontwerp, dan zal deze verantwoordelijk zeer beperkt zo niet nihil zijn. Als de Opdrachtgever (bijvoorbeeld) het voorlopig ontwerp en het definitief ontwerp reeds heeft afgestemd op de bodemgesteldheid, dan mag de Opdrachtgever in beginsel uitgaan van de juistheid hiervan en draagt hij voor eventuele onvolkomenheden daarin, behoudens een eventuele waarschuwingsplicht, geen verantwoordelijkheid.

7. In kwestie was Opdrachtgever echter volledig verantwoordelijk voor het voorlopige ontwerp en het definitieve ontwerp (ro. 33). En dus behoorde de afstemming van het ontwerp op de geotechnische gesteldheid van de bodem conform paragraaf 13-1 UAV-GC 2005 tot zijn verantwoordelijkheid. Daar ging het volgens arbiters mis. Door het niet tijdig, aan het begin van zijn ontwerptraject, uitvoeren van geotechnisch bodemonderzoek, zo oordelen arbiters, heeft Opdrachtgever met zijn keuze voor een palenontwerp een verkeerde inschatting gemaakt voor de afstemming van zijn ontwerp op de bodemgesteldheid. Daarmee lijkt vast te staan dat Opdrachtgever niet, althans niet op adequate wijze, heeft voldaan aan het eerste lid van paragraaf 13 UAV-GC 2005. Die inschatting en de gevolgen daarvan, zo vervolgen arbiters, moeten daarom voor rekening van Opdrachtgever blijven (ro. 34). Als gevolg van deze verkeerde inschatting heeft Opdrachtgever logischerwijze ook niet aangetoond dat hij alle voorzorgsmaatregelen heeft genomen ter voorkoming van vertraging, schade of gebreken en kan - ofschoon arbiters dat niet expliciet stellen - ook

van een geslaagd beroep op het tweede lid van paragraaf 13 geen sprake zijn.²

8. Ofschoon arbiters met deze constatering hadden kunnen volstaan, komen zij pas tot deze conclusie na eerst paragraaf 44 UAV-GC 2005, dat de basis biedt voor kostenvergoeding en/of termijnsverlenging, te hebben doorlopen. Kennelijk omdat Opdrachtnemer een expliciet beroep doet op paragraaf 44 UAV-GC 2005 menen arbiters hier ook expliciet op in te moeten gaan (vgl. ro. 20 en 21).

Paragraaf 44 UAV-GC 2005

9. Paragraaf 44-1 UAV-GC 2005 bepaalt dat Opdrachtnemer uitsluitend recht heeft op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging als: a) de UAV-GC 2005 daarin uitdrukkelijk voorzien en onder de voorwaarde dat kosten en/of vertraging hun oorzaak vinden in een omstandigheid die niet aan de opdrachtnemer kan worden toegerekend, b) kosten en/of vertraging hun oorzaak vinden in een omstandigheid waarvoor Opdrachtgever op grond van de overeenkomst verantwoordelijk is en waartegen de opdrachtnemer niet hoefde te waarschuwen (op grond van paragraaf 4-7 UAV-GC 2005), of c) zich een onvoorziene omstandigheid voordoet van dien aard dat Opdrachtgever naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag verwachten dat de overeenkomst ongewijzigd in stand blijft.

Sub a)

10. Opdrachtnemer beroept zich dus op paragraaf 13-1 en paragraaf 13-2 UAV-GC 2005 maar die bepalingen voorzien niet in een uitdrukkelijk recht op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging, zoals dat bijvoorbeeld wel het geval is in paragraaf 13-5 (voor het geval sprake is van bodemverontreiniging) en in paragraaf 13-7 (voor in de bodem gevonden voorwerpen).³ Doordat in de eerste twee leden van paragraaf 13 UAV-GC 2005 een dergelijke expliciete verwijzing naar paragraaf 44-1, sub a UAV-GC 2005 ontbreekt, zijn arbiters van oordeel dat van een situatie zoals bedoeld onder sub a) sowieso geen sprake kan zijn.

Sub b)

11. Datzelfde lot treft een mogelijk beroep op sub b) van paragraaf 44-1 UAV-GC 2005. Arbiters stellen vast dat de informatie die Opdrachtgever ter beschikking stelde in de tenderfase weliswaar beperkt was, maar wel correct. Aan de juistheid van de ter beschikking gestelde gegevens wordt door Opdrachtnemer ook niet getwijfeld, behoudens dan dat hij van mening is dat die informatie te

beperkt was.⁴ Volgens arbiters hadden inschrijvers op grond van de door de Opdrachtgever bij aanbesteding verstrekte informatie op de hoogte kunnen zijn van de sterk variabele bodemopbouw in het werkgebied en hadden zij in hun inschrijving hiermee rekening kunnen houden. Het punt is dat Opdrachtnemer dit ook heeft gedaan. Hij had immers een voorziening opgenomen in verband met nog te verrichten bodemonderzoek, zo stellen arbiters vast. Weliswaar zijn arbiters met Opdrachtnemer van oordeel dat in de tenderfase slechts beperkt relevant bodemonderzoek kon worden verricht door de voorwaarden die daaraan werden gesteld door Opdrachtgever, maar Opdrachtnemer heeft zich hier in de tenderfase niet over beklagd en een onvoorwaardelijke inschrijving gedaan.⁵

12. Deze laatste overweging van arbiters lijkt in twee opzichten wat ongelukkig gekozen. In de eerste plaats is een inschrijving waaraan voorwaarden zijn verbonden in beginsel ongeldig waardoor het voor Opdrachtnemer in het geheel geen optie was om voorwaarden te stellen.⁶ Daarnaast is het de vraag wat arbiters nu precies met dit 'niet beklagen' binnen de context van paragraaf 44-1 sub b UAV-GC 2005 voor ogen hebben gehad. Deze bepaling wijst, als het over klagen gaat, uitsluitend naar de waarschuwingsplicht van paragraaf 4-7 UAV-GC 2005.⁷ Maar om te kunnen spreken van een schending van de waarschuwingsplicht van de Opdrachtnemer moet sprake zijn van klaarblijkelijk zodanige fouten of gebreken, dat de Opdrachtnemer in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou handelen als hij zonder waarschuwing bij het verrichten van Werkzaamheden daarop zou voortbouwen. Daarvan lijkt in kwestie juist geen sprake te zijn, nu arbiters onder ro. 23 stellen dat de informatie beperkt was, maar wel correct en ook Opdrachtnemer die mening is toegedaan. Dit waarschuwingsplichtcriterium geldt op grond van artikel 7:754 BW op gelijke wijze in de aanbestedingsfase - zij het dat de omvang van het door de Opdrachtnemer te verwachten onderzoek in de aanbestedingsfase over het algemeen beperkter zal

² Zie over deze in paragraaf 13-2 UAV-GC 2005 opgenomen zorgvuldigheidsnorm R.G.T. Bleeker, W.J.M. Herber en B. Van der Zijpp, *UAV-GC 2005. Over problemen bij het werken met geïntegreerde contracten*, Den Haag 2016, p. 78.

³ Voor een opsomming van alle bepalingen waarin expliciet naar paragraaf 44 UAV-GC 2005 wordt verwezen zie: Tekst & Commentaar Bouwrecht, paragraaf 44 UAV-GC 2005, aantekening 2, sub a.

⁴ Nu Opdrachtnemer ook heeft erkend dat de door Opdrachtgever verstrekte informatie op zichzelf geen onjuistheden bevatte, zal ook een beroep op paragraaf 3-2 UAV-GC 2005 niet slagen. Ofschoon dit beroep vooral was gericht op de uitleg van het begrip 'goederen' in paragraaf 3-2 UAV-GC 2005, zo leid ik althans af uit ro. 17.

⁵ Aldus arbiters in ro. 26.

⁶ Zie bijvoorbeeld artikel 2.32.2 Aanbestedingsreglement Werken 2016.

⁷ Zie Tekst & Commentaar Bouwrecht, paragraaf 4-7 UAV-GC 2005, aantekening 8 en in de Toelichting bij de UAV-GC 2005 (uitgave CROW) op p. 36, waar de betekenis van het woord 'klaarblijkelijk' in de context van de UAV-GC 2005 nog eens duidelijk wordt afgezet tegen de betekenis daarvan in de context van het traditionele bouwcontractenrecht (zoals in paragraaf 6-14 UAV 2012).

zijn⁸ - maar ook dan zal sprake moeten zijn van een klaarblijkelijke onjuistheid en daarvan was nu juist geen sprake. Arbiters hebben zoals aangegeven geoordeeld dat inschrijvers op basis van de - correcte - bij aanbesteding verstrekte informatie op de hoogte hadden kunnen zijn van de sterk variabele bodemopbouw en dat zij bij hun inschrijving hiermee rekening hadden kunnen houden, wat Opdrachtnemer bovendien ook had gedaan. Daarmee vinden arbiters kennelijk ook dat Opdrachtgever op correcte wijze haar vrijheid heeft benut om te kiezen voor een ruime scope van de opdracht en om het werk met beperkte gegevens in de markt te zetten (waaronder de beperking van het 'slechts beperkt kunnen verrichten van relevant bodemonderzoek'). Als Opdrachtgever de scope van de opdracht mocht bepalen zoals zij heeft gedaan, dan lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat als Opdrachtnemer zich wel had 'beklaagd' dit binnen het kader van sub b) van paragraaf 44-1 UAV GC 2005 niet tot een ander oordeel van arbiters zou hebben geleid. Voor welke fout of ommissie had dan immers nog gewaarschuwd moeten worden? Dit had mogelijk anders kunnen zijn als in de uitspraak naar voren was gekomen dat bijvoorbeeld de bepaling van de scope tot evident onredelijke uitkomsten zou leiden en de Opdrachtnemer hiervoor had moeten waarschuwen. In dat geval had paragraaf 44-1 sub b) UAV GC 2005 als grondslag voor kostenvergoeding en/of termijnsverlenging in beeld kunnen komen, ervan uitgaande dat ook de redelijkheid en haalbaarheid van de gestelde eisen, wat mij evident het geval lijkt, onder de reikwijdte van de verantwoordelijkheid van de Opdrachtgever voor de Vraagspecificatie vallen zoals bepaald in paragraaf 3-3 UAV GC 2005.⁹ In kwestie lijken arbiters juist van oordeel dat, mits Opdrachtnemer maar tijdig met zijn voorbereidingen was begonnen, de risico's voorzienbaar en aanvaardbaar waren. Maar zou dit niet het geval zijn geweest en het risico zou zich tijdens de uitvoering hebben verwezenlijkt, en Opdrachtnemer had in dat geval gewaarschuwd, dan ligt een geslaagd beroep op paragraaf 44-1 sub b) UAV GC 2005 voor de hand.

Sub c)

13. Blijft over de vraag of mogelijk sprake is geweest van een situatie zoals bedoeld in paragraaf 44-1, sub c) UAV-GC 2005. Het moet dan gaan om een onvoorziene omstandigheid van dien aard dat Opdrachtgever naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag verwach-

ten dat de overeenkomst ongewijzigd in stand blijft. Daarbij heeft sub c) geen andere betekenis dan het bepaalde in artikel 6:258 BW, zo volgt ook uit de toelichting bij de UAV-GC 2005.¹⁰ Relevant is dan dat Opdrachtnemer in januari 2012 van haar aanbestedingsontwerp - een tunnelbak gefundeerd op staal - overgestapt is op een ontwerp met een op palen staand landhoofd. Op dat moment stonden Opdrachtnemer geen andere bodemgegevens ter beschikking dan de door Opdrachtgever in de tenderfase beschikbaar gestelde sonderingen en boringen. Arbiters zijn van oordeel dat aanneemster, door op basis van summier gegevens een palenontwerp uit te werken, het risico heeft genomen dat achteraf zou kunnen blijken dat haar keuze niet de juiste was. De nu door haar als onvoorzien ervaren bodemopbouw had voorzien kunnen zijn als hij tijdig bodemonderzoek had verricht en hij bij belemmeringen daarin, zowel tijdens de tenderfase als na opdrachtverstrekking, daarvan (tijdig) melding zou hebben gemaakt bij Opdrachtgever. Anders dan Opdrachtnemer heeft betoogd, was volgens arbiters relevant onderzoek direct na gunning wel degelijk mogelijk. Ook in het spoor, dat Opdrachtnemer zelf juist als hét relevante onderzoek betitelde. Daarvoor moest weliswaar de toestemming worden verkregen van G., maar uitgaande van de opdrachtverlening begin november 2011 en de beschreven termijn nodig voor het verkrijgen van een buitendienststelling, had eind februari 2012 of in ieder geval begin maart 2012 dit onderzoek kunnen plaatsvinden, zo vinden arbiters. Dit onderzoek vond uiteindelijk pas op 1 juli 2012 plaats.

14. Of de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voorzienbaar waren, is voor een juiste toepassing van paragraaf 44-1 sub c) UAV-GC 2005 niet beslissend. Het komt er slechts op aan, van welke veronderstellingen partijen zijn uitgegaan. Dat wil zeggen of zij in de mogelijkheid van het optreden van de onvoorziene omstandigheden hebben willen voorzien of althans stilzwijgend die mogelijkheid hebben verdisconteerd.¹¹ Uit het voorgaande blijkt dat volgens arbiters Opdrachtnemer de vermeende 'onvoorzienbaarheid' had kunnen voorkomen. In de vraagspecificatie heeft Opdrachtgever nog eens benadrukt dat zij 'zoveel mogelijk op afstand [wenst] te blijven staan van het proces en product van de opdrachtnemer' (ro. 6 onder n). Als verder de Opdrachtnemer verantwoordelijk is voor het gehele ontwerp waaronder de afstemming van zijn werkzaamheden op de bodemgesteldheid, hij blijkens zijn Risicomanagementplan in nader bodemonderzoek had voorzien en Opdrachtnemer ook zelf de mening is toegegaan dat het risico voor haar rekening moest blijven (vgl. ro. 33), dan kan van onvoorziene omstandigheden in de zin ook van sub c) en daarmee ook in de zin van het (dwingendrechtelijke) artikel 6:258 BW niet worden gesproken.

15. Het voorgaande geldt voor de kunstwerken (ro. 12 e.v.), maar ook ten aanzien van de polderconstructies komen arbiters tot hetzelfde oordeel (vgl. ro. 35). Ook

8 In beide fasen moeten worden gewaarschuwd voor in het oog springende risico's, maar in de aanbestedingsfase zal de beoordeling van de Opdrachtnemer beperkter zijn, nu die beoordeling primair slechts gericht zal zijn op het kunnen bepalen van een verantwoorde prijs. Zie C.E.C. Jansen en H.W.R.A.M. Janssen 'De precontractuele waarschuwingsplicht van de aanneemster', *BR* 2004, p. 363 en expliciet het Hof Amsterdam (10 september 2013, JAAN 2013/200, met noot A.T.M. van den Borne) waarin het hof onder meer overwoog: 'Van Ballast Nedam mocht daarom bijvoorbeeld gevergd worden dat zij de in het kader van de aanbesteding verstrekte informatie tot op zekere hoogte controleerde maar niet, dat zij ter controle daadwerkelijk ter plaatse onderzoek zou uitvoeren.'

9 Volgens paragraaf 44-1, sub a) UAV-GC 2005 moet immers sprake zijn van een omstandigheid waarvoor de Opdrachtgever 'krachtens de Overeenkomst verantwoordelijk is'. In dit geval zou die omstandigheid terug te voeren zijn op paragraaf 3-3 UAV-GC 2005. Vgl. ook Tekst & Commentaar Bouwrecht, paragraaf 44 UAV-GC 2005, aantekening 2.

10 Zie de Toelichting bij de UAV-GC 2005 (uitgave CROW) op p. 98.

11 Zo volgt uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 6:258 BW. Zie *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, artikel 6:258 BW, aantekening 2, sub a.

bij de bespreking van de ontlastbronnen (ro. 36 e.v.) zijn arbiters om vergelijkbare redenen van oordeel dat van onvoorziene omstandigheden geen sprake kan zijn. Ten aanzien van de ontlastbronnen vinden arbiters bovendien dat sprake is van een normaal voor Opdrachtnemer te verwachten risico dat hij in zijn prijs had moeten verdisconteren. In de sector waarbinnen Opdrachtnemer werkzaam is, is het algemeen bekend dat het in de betreffende omgeving gebruikelijk is om bij werken als deze ontlastbronnen toe te passen, aldus arbiters. Daarnaast vinden arbiters dat als Opdrachtnemer al in juli 2012 wist dat in de tweede zandlaag ontlastbronnen moesten worden toegepast, het pas op 27 november 2014 indienen van een meerwerk melding te laat is. Arbiters doelen daarmee kennelijk op paragraaf 44-2 UAV-GC 2005 dat vereist dat als de Opdrachtnemer meent

recht te hebben op kostenvergoeding en/of termijnsverlening hij dit met bekwame spoed dient te melden.

16. Al met al trekken arbiters een duidelijke lijn. Binnen de context van de UAV-GC 2005 wordt van de Opdrachtnemer een actieve houding verwacht. Zeker in het geval de Opdrachtnemer verantwoordelijk is voor het gehele ontwerpproces betekent dit dat hij proactief zijn werk zal moeten plannen en zal moeten beoordelen op welke wijze en binnen welk tijdspad zo snel mogelijk informatie - zoals in kwestie over de bodemgesteldheid - kan worden vergaard. Vertraging of vergissingen als gevolg van door de Opdrachtnemer gemaakte en verkeerd gebleken keuzes dienen dan zijn risico te blijven.

E.W.J. van Dijk

Jurisprudentie – VIII. Overig privaatrecht

TBR 2018/84

Hof Den Haag, 21 november 2017, zaaknr. 200.161.280/01, ECLI: NL:GHDHA:2017:3299 (Boete na ‘verkeerd’ invullen contract)

(Mr. M.E. Honée, mr. P.H. Blok en mr. B.R. ter Haar)

BW: art. 3:296, art. 6:74, art. 6:82, art. 6:92, art. 6:98, art. 6:106, art. 6:127, art. 6:203, art. 6:228, art. 6:230

Contract. Tekortkoming. Nakoming. Schadevergoeding. Boete. Matiging. Verzuim. Ingebrekestelling. Redelijke termijn. Dwaling

Met gastnoot J.H. Meerburg, Red.¹

De beoordeling van het hoger beroep in het principaal en het incidenteel appel

De feiten

1.1 In hoger beroep is niet opgekomen tegen de vaststelling van de feiten in het bestreden vonnis. Met inachtneming van die feiten alsmede van hetgeen verder als niet (voldoende gemotiveerd) bestreden, is komen vast te staan, gaat het in deze zaak om het volgende.

1.2 X Projectontwikkeling B.V. en de rechtsvoorganger van Bouwfonds (Rabo Vastgoed B.V.) hebben begin 2006 een aantal percelen grond gekocht aan de (straatnaam) te Wassenaar ten behoeve van de bouw van huizen en appartementen (het project ‘Warande’). In het verleden stond daar een Esso benzinstation met autowerkplaats en de grond was daardoor vervuild. De ge-

meente Wassenaar heeft op 22 mei 2007 een bouwvergunning aan X Projectontwikkeling B.V. verstrekt (hierna: de bouwvergunning), waarin onder meer voorwaarden voor de sanering van de grond zijn opgenomen. X Projectontwikkeling B.V. heeft zich daarover laten adviseren door AquaTerra-KuiperBurger B.V., hierna: ATKB) en heeft saneringswerkzaamheden laten uitvoeren. Deze werkzaamheden zijn aangevangen in de tweede helft van 2007 en afgerond in mei 2008.

1.3 Bij overeenkomst van 7 mei 2007 (hierna: de koopovereenkomst) heeft appellante voor € 267.140,- een appartementsrecht van de projectontwikkelaars gekocht (in de koopovereenkomst omschreven als ‘het appartementsrecht, omvattende de bevoegdheid tot het uitsluitend gebruik van de woning met parkeerplaatsen, bouwnummer 6, gelegen nabij de (straatnaam) te Wassenaar, kadastraal bekend (kadastrale aanduiding) ‘) met adres (adres) te Wassenaar). Het appartementsrecht van appellante zal hierna ‘het perceel’ worden genoemd.

Eveneens op 7 mei 2007 heeft appellante een overeenkomst van aanneming gesloten met Bouw- en Aannemersbedrijf X B.V. (een zusterverenootschap van X Projectontwikkeling B.V.) betreffende de bouw van een woning op het perceel voor een in tien termijnen door appellante te betalen aanneemsom van in totaal € 400.710,-.

1.4 In de koopovereenkomst staat onder meer:

6. Verontreiniging. Garantie van verkoper

Verkoper garandeert dat het gekochte geen bodemverontreiniging bevat die het door koper opgegeven

¹ Jan Hein Meerburg is werkzaam als advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.