

SCHEIDSRECHTERLIJK VONNIS

ter zake van een geschil in hoger beroep tussen

de besloten vennootschap

A.,

hierna te noemen "aanneemster",

a p p e l l a n t e in principaal appel,

g e ĩ n t i m e e r d e in incidenteel appel,

gemachtigde: mr. J.A.M. Smeekens, advocaat te Breda

en

de publiekrechtelijke rechtspersoon

B.,

hierna te noemen "opdrachtgeefster",

g e ĩ n t i m e e r d e in principaal appel,

a p p e l l a n t e in incidenteel appel,

gemachtigde: mr. S.J.H. Rutten, advocaat te Amsterdam.

HET SCHEIDSGERECHT

1. Ondergetekenden, MR. J.C. VAN DIJK, lid-jurist van het College van Arbiters van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, L.Th. VERRIET, en IR. M. SCHELLEKENS, beiden lid-deskundige van dit College, zijn door de voorzitter van deze Raad overeenkomstig de statuten van de Raad benoemd tot scheidslieden in dit geschil in hoger beroep. Appellarbiters hebben hun benoeming schriftelijk aanvaard. Bij brief van 5 juni 2014 is daarvan mededeling gedaan aan partijen. Overeenkomstig de statuten van de Raad is aan het scheidsgerecht toegevoegd mr. ir. J.R.W. Sweep, secretaris van de Raad.

HET VERLOOP VAN DE PROCEDURE

2. Bij memorie van grieven van 13 maart 2014, op die datum met producties 1 tot en met 5 binnengekomen bij het secretariaat van de Raad, is aanneemster in hoger beroep gekomen van het scheidsrechterlijk vonnis van 13 december 2013 onder nummer 34.618 gewezen door mr. J.J.I. Verburg, jhr. ir. C.J.A. Reigersman en drs. ir. F.H. van Rijssen, allen lid van het College van Arbiters van de Raad, in het geschil tussen opdrachtgeefster en aanneemster. Aanneemster heeft het procesdossier van het geschil in eerste aanleg overgelegd.

3. Voor de loop van het geding wordt verder verwezen naar de volgende stukken:
 - de memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, met producties 6 tot en met 11;
 - de memorie van antwoord in incidenteel appel met producties 12 tot en met 16;
 - de akte houdende producties van 3 november 2014 zijdens opdrachtgeefster, met producties A tot en met F;
 - de brief van 7 november 2014 van mr. Smeekens met als bijlage een USB-stick met daarop een ter gelegenheid van de mondelinge behandeling te vertonen film;
 - de pleitaantekeningen van mr. Smeekens;
 - de pleitaantekeningen van mr. Rutten.
4. De mondelinge behandeling van het onderhavige geschil heeft plaatsgevonden op 12 november 2014.
Aanneemster heeft bij gelegenheid van de mondelinge behandeling een film vertoond over het in geschil zijnde werk.

DE GRONDEN VAN DE BESLISSING IN PRINCIPAAL EN INCIDENTEEL APPEL

de bevoegdheid en de ontvankelijkheid

5. De bevoegdheid van appellarbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast.
6. De memorie van grieven in principaal appel is binnen drie maanden na datum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de Raad. Het incidenteel appel is ingesteld bij memorie van antwoord. Partijen zijn derhalve in zoverre ontvankelijk in hun appel.

het geschil in eerste aanleg

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

8. Opdrachtgeefster heeft in eerste aanleg gesteld dat aanneemster ten onrechte in plaats van de in haar plan van aanpak opgenomen pistonpompen (ook wel: zuigerpompen), vijzels (ook wel: schroefpompen) wenst toe te passen voor het verticaal transport van slib en als zodanig heeft opgenomen in haar definitief ontwerp (DO). Zij heeft gesteld dat zij het betreffende wijzigingsvoorstel op grond van paragraaf 15 lid 4 UAV-GC 2005 zonder opgaaf van redenen mag weigeren en heeft geconcludeerd:

MET CONCLUSIE:

dat U, althans een door U te benoemen scheidsrecht, bij arbitraal vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

- verklaart voor recht dat [aanneemster] in het project C. een deugdelijk systeem met pistonpompen, zoals dit is opgenomen in de van de Overeenkomst onderdeel uitmakende Aanbieding, dient te realiseren, voorafgaande waarvan zij dit systeem dient uit te werken en dit in een (aangepast) DO ter toetsing aan [opdrachtgeefster] dient voor te leggen;
 - [aanneemster] veroordeelt om in het project C. een deugdelijk systeem met pistonpompen, zoals dit is opgenomen in de van de Overeenkomst onderdeel uitmakende Aanbieding, te realiseren, op straffe van een dwangsom van € 5.000,-- per kalenderdag dat zij hiermee in gebreke blijft te berekenen vanaf het moment dat [aanneemster] ter plaatse een andersoortig systeem heeft aangebracht, waaronder begrepen: een systeem met vijzels, tot het moment dat [aanneemster] alsnog een systeem met pistonpompen overeenkomstig de Aanbieding heeft aangebracht;
 - [aanneemster] veroordeelt tot betaling van € 5.000,-- aan buitengerechtelijke kosten, te vermeerderen met de wettelijke rente indien niet uiterlijk binnen twee weken na dagtekening van het vonnis betaling door [opdrachtgeefster] is ontvangen, te berekenen vanaf dat moment tot aan de dag der algehele betaling;
 - [aanneemster] veroordeelt tot betaling van de kosten van deze procedure waaronder begrepen de kosten van rechtsbijstand aan de zijde van [opdrachtgeefster], te vermeerderen met de wettelijke rente indien niet uiterlijk binnen twee weken betaling door [opdrachtgeefster] is ontvangen, te berekenen vanaf dat moment tot aan de dag der algehele betaling.
9. Als verweer heeft aanneemster in eerste aanleg aangevoerd dat het systeem met vijzels voldoet aan de eisen van de overeenkomst en op grond van paragraaf 15 lid 2 UAV-GC 2005 ter toetsing is voorgelegd aan opdrachtgeefster, alsmede dat opdrachtgeefster de wijziging niet mag weigeren en dat geen afwijkingsrapport (AWR) vereist is. Zij stelt dat opdrachtgeefster het vertrouwen heeft gewekt met de wijziging in te stemmen en heeft geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van opdrachtgeefster.
10. In reconventie heeft aanneemster gesteld dat met de door haar voorgestane wijziging van een systeem met centrifuges naar een systeem met

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

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

- te verklaren voor recht dat [aanneemster] gerechtigd is tot uitvoering van de in de Afwijkingsrapporten H 035 d.d. 14 mei 2013 en H 036 van 9 augustus 2012 (zeefbandpersen in plaats van centrifuges) en H 049 van 12 juni 2013 (vijzels in plaats van pistonpompen) benoemde wijzigingen en dat, voor zover in verband hiermee deze Afwijkingsrapporten eerst door [opdrachtgeefster] geaccepteerd dienen te worden, [opdrachtgeefster] gehouden is om deze afwijkingsrapporten te accepteren;
 - Indien en voor zover Acceptatie van de in de Afwijkingsrapporten H 036 van 9 augustus 2012, H 049 van 12 juni 2013 en H 035 d.d. 14 mei 2013 benoemde wijzigingen vereist is alvorens [aanneemster] tot uitvoering van de in deze Afwijkingsrapporten benoemde wijzigingen gerechtigd is: [opdrachtgeefster] te veroordelen om binnen twee (2) dagen na datum van het in deze te wijzen vonnis te hebben zorggedragen voor onvoorwaardelijke Acceptatie van de door [aanneemster] ter Acceptatie voorgelegde Afwijkingsrapporten H 035 d.d. 14 mei 2013 en H 036 van 9 augustus 2012 (zeefbandpersen in plaats van centrifuges) en H 049 van 12 juni 2013 (vijzels in plaats van pistonpompen) op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 10.000,00 voor iedere dag of dagdeel dat [opdrachtgeefster] hiermee in gebreke blijft;
 - [opdrachtgeefster] te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 3.000,00 ter zake buitengerechtelijke kosten, te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf 14 dagen na dagtekening van het vonnis tot aan de dag der algehele voldoening.
 - [opdrachtgeefster] te veroordelen in de kosten van deze procedure, te vermeerderen met een tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand aan de zijde van [aanneemster], een en ander overeenkomstig de Statuten van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover te rekenen vanaf 14 dagen na betekening van het vonnis tot aan de dag der algehele voldoening.
11. Opdrachtgeefster heeft gemotiveerd verweer gevoerd in reconventie en geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van aanneemster met veroordeling van aanneemster in de proceskosten.
 12. Arbiters in eerste aanleg hebben geoordeeld dat, nu in de overeenkomst is vastgelegd dat het plan van aanpak als voorlopig ontwerp (VO) wordt beschouwd, het plan van aanpak en het VO door gunning zijn geaccepteerd

door opdrachtgeefster en daarmee onderdeel van de overeenkomst zijn geworden. Zij hebben geoordeeld dat daarom lid 1 en lid 2 van paragraaf 15 UAV-GC 2005 niet toepasselijk zijn op het VO, zodat aanneemster niet zonder meer gerechtigd is tot wijziging van het VO (lid 1), respectievelijk niet kan volstaan met het ter toetsing voorleggen (lid 2) van door haar voorgestane wijzigingen op het plan van aanpak/VO.

13. Volgens arbiters in eerste aanleg dienen wijzigingen ter acceptatie te worden voorgelegd zoals bedoeld in lid 3 van paragraaf 15 UAV-GC 2005. Zij hebben geoordeeld dat, nu het plan van aanpak en daarmee ook het VO afkomstig zijn van aanneemster (niet van opdrachtgeefster), geen sprake is van wijziging van 'de eisen opgenomen in de overeenkomst' zoals bedoeld in paragraaf 15 lid 3 sub a UAV-GC 2005. Opdrachtgeefster mag dan de wijzigingen niet zonder opgaaf van redenen weigeren (lid 4 van paragraaf 15 UAV-GC 2005). Arbiters in eerste aanleg hebben geoordeeld dat de wijzigingen alleen kunnen worden geweigerd indien deze tot gevolg hebben dat daardoor de werkzaamheden, het werk en/of het meerjarig onderhoud niet beantwoorden aan de bepalingen van de overeenkomst (lid 3 sub c van paragraaf 15 UAV-GC 2005).
14. Onder de 'bepalingen van de overeenkomst' vallen onder andere de aanbieding van aanneemster en het plan van aanpak/VO, aldus arbiters in eerste aanleg. Zij hebben gelet hierop getoetst of de wijzigingen voldoen aan die bepalingen.
15. Arbiters in eerste aanleg hebben geoordeeld dat niet aannemelijk is gemaakt dat de wijziging van het systeem met pistonpompen in een systeem met vjzels voldoet aan de bepalingen van de overeenkomst, zodat opdrachtgeefster de wijziging heeft mogen weigeren. Dat aanneemster de vjzels al heeft aangeschaft en vertragingsschade zal leiden blijft volgens arbiters in eerste aanleg voor rekening en risico van aanneemster.
16. Zij hebben geoordeeld dat niet aannemelijk is gemaakt dat de wijziging van het systeem met centrifuges op de bovenste verdieping van het bestaande slibontwateringsgebouw in een systeem met zeefbandpersen in dienstgebouw 2 voldoet aan de bepalingen van de overeenkomst, zodat opdrachtgeefster de wijziging heeft mogen weigeren.

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

in conventie

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

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

in reconventie

WIJZEN AF de vorderingen van aanneemster;

in conventie en reconventie

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

het geschil in hoger beroep

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

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

In conventie:

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

In reconventie:

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

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

- [opdrachtgeefster] te veroordelen tot betaling aan [aanneemster] van de door [aanneemster] gemaakte buitengerechtelijke kosten ad € 3.000,00 te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf 30 september 2013 tot en met de dag der algehele voldoening;
- [opdrachtgeefster] te veroordelen in de kosten van beide instanties, te vermeerderen met een tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand aan de zijde van [aanneemster] en [opdrachtgeefster] te veroordelen tot terugbetaling aan [aanneemster] tegen behoorlijk bewijs van kwijting van de door [aanneemster] aan [opdrachtgeefster] betaalde proceskostenveroordeling ten bedrage van in hoofdsom € 24.861,48 te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf de dag van deze memorie tot en met de dag der algehele voldoening.

19. Ter zitting in appel hebben partijen het volgende medegedeeld. Aanneemster heeft kort voor de bouwvakvakantie van 2014 besloten om, ter beperking van schade en onder voorbehoud van alle rechten, alsnog af te zien van toepassing van zeefbandpersen en over te gaan tot toepassing van centrifuges. Opdrachtgeefster heeft aanneemster toestemming gegeven om vijzels in plaats van pistonpompen toe te passen. Aanneemster heeft gelet daarop het (hierboven cursief weergegeven) tweede onderdeel van haar vordering ingetrokken, onder handhaving van haar vordering voor het overige, meer in het bijzonder de verzochte verklaring voor recht. Daarom ligt in appel onverminderd ter beoordeling voor de vraag of aanneemster gerechtigd was tot uitvoering van vijzels in plaats van pistonpompen en zeefbandpersen in plaats van centrifuges (in dienstgebouw 2 in plaats van in het slibontwateringsgebouw).
20. Opdrachtgeefster voert gemotiveerd verweer in principaal appel, richt in incidenteel appel 6 grieven (hierna **grief I** tot en met **grief VI**) tegen het beroepen vonnis en concludeert:

CONCLUSIE

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

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

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

de feiten

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

de beoordeling van het geschil

23. Met **grievens 1 en 2** komt aanneemster op tegen het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat de wijzigingen niet ter toetsing (lid 2 van paragraaf 15 UAV-GC 2005), maar ter acceptatie (lid 3 van paragraaf 15 UAV-GC 2005) aan opdrachtgeefster dienen te worden voorgelegd.
24. **Grievens 3, 4, 5, 11, 12, 14 en 15** zijn gericht tegen het technisch inhoudelijke oordeel van arbiters in eerste aanleg ter zake van de vraag of met de (in geschil zijnde) wijzigingen nog wordt voldaan aan de bepalingen van de overeenkomst.
25. Aanneemster voert **grievens 6, 7 en 8** aan tegen het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat niet is gebleken van een door opdrachtgeefster gewekt vertrouwen dat de wijziging van pistonpompen in vijzels in redelijkheid niet meer mocht worden geweigerd.
26. Met **grief 9** komt aanneemster op tegen het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat van de partij jegens wie wanprestatie is gepleegd in redelijkheid niet kan worden gevergd dat zij de daardoor geleden schade beperkt door op ongunstigere voorwaarden te contracteren.
27. Aanneemster komt met **grief 13** op tegen de afwijzing van haar betoog dat zij met de weigering van het systeem met zeefbandpersen een systeem krijgt opgedrongen waarbij zij wegens overschrijding van het maximum PE-verbruik boetes zal verbeuren.
28. **Grief 10** van aanneemster is gericht tegen de overweging in eerste aanleg dat de vorderingen in conventie ter zake van de pistonpomp/vijzel-kwestie (in

aangepaste vorm) kunnen worden toegewezen. **Grief 16** is gericht tegen de toewijzingen in conventie en de afwijzingen in reconventie als zodanig, alsmede tegen de proceskostenveroordeling. **Grief 17** is specifiek gericht tegen de afwijzing van de door aanneemster (in reconventie) gevorderde vergoeding van buitengerechtelijke kosten.

29. Opdrachtgeefster komt met **grief I** op tegen de motivering van het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat lid 1 van paragraaf 15 UAV-GC 2005 niet toepasselijk is op het plan van aanpak/VO.
30. **Grief II** is gericht tegen het oordeel in eerste aanleg dat opdrachtgeefster door gunning het plan van aanpak en daarmee het VO heeft 'geaccepteerd', voor zover door arbiters in eerste aanleg daarmee is gerefereerd aan lid 1 en lid 3 sub c van paragraaf 15 UAV-GC 2005.
31. Met **grief III** komt opdrachtgeefster op tegen het in eerste aanleg door arbiters gemaakte onderscheid tussen 'eisen' en 'bepalingen' uit de overeenkomst en hun oordeel dat het van aanneemster afkomstige VO niet gekwalificeerd kan worden als 'eisen opgenomen in de overeenkomst'.
32. Opdrachtgeefster richt **grief IV** tegen het oordeel dat de in geschil zijnde wijzigingen niet met toepassing van paragraaf 15 lid 3 sub a UAV-GC 2005, maar met toepassing van paragraaf 15 lid 3 sub c dienen te worden beoordeeld, waarna arbiters in eerste aanleg de wijzigingen inhoudelijk op gelijkwaardigheid hebben getoetst en hebben getoetst aan de vraagspecificatie.
33. **Grief V** is gericht tegen het oordeel dat in de vraagspecificatie is opgenomen dat aanneemster ruimte moet worden gelaten om terug te komen op eerder door haar gemaakte keuzes.
34. Opdrachtgeefster komt tot slot met **grief VI** op tegen een technisch inhoudelijke overweging van arbiters in eerste aanleg inzake de werking van pistonpompen.
35. Appellarbiters zullen thans overgaan tot beoordeling van de grieven, waarbij zij de grieven van opdrachtgever en de toelichting daarop veeleer als verweer in het principaal appel zien, nu zonder een conclusie (in incidenteel appel) tot

vernietiging van het in eerste aanleg uitgesproken dictum in beginsel geen (incidenteel) appel mogelijk is.

36. **Grievens 1 en 2** in principaal appel en **grievens I, II, III en IV** in incidenteel appel betreffen de wijze van toepassing door arbiters in eerste aanleg van paragraaf 15 UAV-GC 2005. Appellarbiters zullen deze grievens in onderlinge samenhang bespreken.
37. Het systeem van paragraaf 15 UAV-GC 2005 luidt zakelijk weergegeven als volgt:
 - voordat toetsing of acceptatie van keuzen, documenten, werkzaamheden e.d. door opdrachtgeefster heeft plaatsgehad, of zij ter zake anderszins is geïnformeerd, staat het aanneemster vrij wijzigingen door te voeren (lid 1);
 - indien reeds toetsing door opdrachtgeefster heeft plaatsgehad, of zij anderszins is geïnformeerd, dient aanneemster een wijziging ter toetsing voor te leggen (lid 2);
 - indien reeds acceptatie door opdrachtgeefster heeft plaatsgehad, dient aanneemster een wijziging ter acceptatie voor te leggen en kan opdrachtgeefster de wijziging weigeren als niet wordt beantwoord aan de bepalingen van de overeenkomst (lid 3 sub c);
 - indien aanneemster een wijziging beoogt van de 'eisen opgenomen in de overeenkomst', dient aanneemster dit eveneens ter acceptatie voor te leggen (lid 3 sub a) en kan opdrachtgeefster deze wijziging zonder opgaaf van redenen weigeren te accepteren (lid 4).
38. Volgens aanneemster is ter zake van de wijziging van pistonpompen in vijzels en van centrifuges in zeefbandpersen (in een ander gebouw) sprake van een situatie zoals bedoeld in lid 2. Opdrachtgeefster betwist dit en stelt dat sprake is van een situatie zoals bedoeld in lid 3 sub a. Arbiters in eerste aanleg hebben gekozen voor een situatie zoals bedoeld in lid 3 sub c.
39. In het geval van ter toetsing of ter acceptatie voor te leggen wijzigingen van keuzen, documenten e.d. (lid 1, lid 2 en lid 3 sub c) stelt paragraaf 15 UAV-GC 2005 voorop dat de werkzaamheden, het Werk en het meerjarig onderhoud wel nog moeten blijven voldoen aan 'de bepalingen van de overeenkomst'.
40. In het geval van ter acceptatie voor te leggen wijzigingen van 'eisen opgenomen in de overeenkomst' bepalen paragrafen 15 lid 3 sub a en lid 4 dat opdrachtgeefster een wijziging zonder opgaaf van redenen mag weigeren te accepteren.

41. Ter beantwoording ligt voor de vraag of de in het plan van aanpak/VO door aanneemster gekozen pistonpompen en centrifuges als 'eisen opgenomen in de overeenkomst' hebben te gelden, en wijzigingen daarop dus onder de werking van paragrafen 15 lid 3 sub a en lid 4 UAV-GC 2005 vallen, zoals opdrachtgeefster heeft aangevoerd.
42. Arbiters in eerste aanleg hebben geoordeeld dat 'eisen opgenomen in de overeenkomst' louter van opdrachtgeefster afkomstig zijn en dat het plan van aanpak/VO van aanneemster afkomstig is en daarom niet kan worden gekwalificeerd als 'eisen opgenomen in de overeenkomst'.
43. Waar in paragraaf 15 enerzijds wordt gesproken over de 'bepalingen van de overeenkomst' en anderzijds over de 'eisen opgenomen in de overeenkomst', geeft de UAV-GC 2005 in paragraaf 1 'Begripsbepalingen' geen verklarend onderscheid daartussen. Elders in de UAV-GC 2005 wordt niet gesproken over 'bepalingen', wel op diverse plaatsen over 'eisen'.
44. Met inachtneming van het voorgaande volgt uit de UAV-GC 2005 niet dat het plan van aanpak/VO van aanneemster niet kan worden gekwalificeerd als 'eisen opgenomen in de overeenkomst'.
45. Toetsing en acceptatie door opdrachtgeefster van wat aanneemster haar voorlegt, vindt plaats óf bij gunning, óf na gunning via de weg van paragraaf 15 juncto paragrafen 20-23 UAV-GC 2005. Meer smaken zijn er niet.
46. Opdrachtgeefster stelt dat van toetsing en acceptatie ná gunning in deze zaak geen sprake is en voert aan dat het in lid 1 van paragraaf 15 UAV-GC 2005 genoemde 'wijzigen van documenten' niet aan de orde kan zijn omdat documenten volgens de definitie ervan in paragraaf 1 UAV-GC 2005 louter na de totstandkoming van de overeenkomst door aanneemster opgestelde stukken betreft, dus niet het onderhavige plan van aanpak/VO.
47. Appellarbiters volgen opdrachtgeefster daarin en zijn met haar van oordeel dat daarom lid 1 en daarmee ook lid 2, alsmede lid 3 sub c van paragraaf 15 UAV-GC 2005 niet toepasselijk zijn op de in geschil zijnde wijzigingen ten opzichte van het plan van aanpak/VO.

48. Appellarbiters volgen niet arbiters in eerste aanleg in hun oordeel dat lid 1 en lid 2 niet toepasselijk zijn omdat het plan van aanpak/VO getoetst en/of geaccepteerd zou zijn zoals bedoeld in paragraaf 15 UAV-GC 2005.
49. Bedoelde toetsing en acceptatie betreft namelijk de procedures ex paragraaf 20, 21 en 23 UAV-GC 2005 die plaatsvinden na het tot stand komen van de overeenkomst, niet in het kader van de gunning van de opdracht. Het plan van aanpak/VO is geaccepteerd in het kader van de gunningsprocedure.
50. Dat het plan van aanpak als gunningscriterium een relatief beperkt aantal punten opleverde, doet aan het voorgaande niets af.
51. Ook de stelling van aanneemster, wat daar ook van zij, dat zij ook ervoor had kunnen opteren om in het plan van aanpak geen materiaalkeuze te maken ter zake van het in geschil zijnde verticaal slibtransport en ontwateringssysteem, maakt het bovenstaande niet anders. Die keuze is immers wel gemaakt en vastgelegd in het plan van aanpak/VO.
52. Ook doet daar niets aan af dat de vraagspecificatie is gebaseerd op functionele en met name top-eisen die slechts in beperkte mate zien op techniek maar vooral op prestaties, evenmin dat onderdeel van de inschrijving en gunningscriteria een TCO berekening (Total Cost of Ownership) is en ook niet dat de vraagspecificatie voorziet in een 'black box' voor de ontwerp- en uitvoeringsverplichtingen voor aanneemster.
53. Gelet op al het voorgaande kan het plan van aanpak niet als een door aanneemster later opgesteld en door opdrachtgeefster op de reguliere wijze, na het tot stand komen van de overeenkomst, geaccepteerd VO worden beschouwd.
54. Daaruit zou gelet op rechtsoverweging 45 al volgen dat het plan van aanpak/VO van aanneemster kan worden gekwalificeerd als 'eisen opgenomen in de overeenkomst'.
55. Daar pleit bovendien het volgende voor.
56. In de inschrijvingsleidraad is onder 6.1 sub b aangegeven dat het plan van aanpak onderdeel uitmaakt van de inschrijving en dat het plan van aanpak in

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

57. Opdrachtgeefster heeft, omdat zij wilde weten wat er zou worden aangeboden, alle gegadigden verzocht om het bedoelde plan van aanpak/VO en heeft alle gegadigden daar ook een financiële vergoeding voor toegekend.
58. Aanneemster wist dus vooraf, bij inschrijving, dat het plan van aanpak het VO zou worden en dat robuustheid van door haar in dat kader geselecteerde technologie als een van de gunningscriteria zou worden gehanteerd.
59. Aanneemster heeft zelf in haar aanbidding opgemerkt dat haar aanbiddingsontwerp (het VO) tot op een zodanig detail is uitgewerkt dat verdieping naar het DO snel kan plaatsvinden.
60. In artikel 2 van de overeenkomst is bepaald dat aanneemster het werk moet realiseren op basis van de vraagspecificatie en de aanbidding (inclusief plan van aanpak/VO).
61. In artikel 5 lid 1 van de overeenkomst is de vraagspecificatie benoemd: diverse nota's van inlichtingen, diverse individuele inlichtingen en de vraagspecificatie 1B-2011-1, met bijlagen.
62. Artikel 5 Lid 2 luidt:
In het kader van deze overeenkomst dient de opdrachtnemer de volgende ontwerpwerkzaamheden te verrichten:
 - het uitwerken van de vraagspecificatie tot een definitief ontwerp en een uitvoeringsontwerp. Daarbij wordt het plan van aanpak, behorende bij de aanbidding van de opdrachtnemer, als voorlopig ontwerp beschouwd.
63. Uit het systeem van artikel 5 'Ontwerpwerkzaamheden' van de bij de UAV-GC 2005 horende model basisovereenkomst volgt dat:
 - o indien de vraagspecificatie bestaat uit het programma van eisen, aanneemster dit uitwerkt tot een voorlopig ontwerp, een definitief ontwerp en een uitvoeringsontwerp;
 - o indien de vraagspecificatie bestaat uit het programma van eisen en het voorlopig ontwerp, aanneemster dit uitwerkt tot een definitief ontwerp en een uitvoeringsontwerp;

- o indien de vraagspecificatie bestaat uit het programma van eisen, het voorlopig ontwerp en het definitief ontwerp, aanneemster dit uitwerkt tot een uitvoeringsontwerp.
64. Appellarbiters volgen aanneemster niet in haar standpunt dat, gelet op de formulering van artikel 5 lid 2 van de tussen partijen tot stand gekomen overeenkomst van 26 april 2012, het plan van aanpak en het VO als het ware uit de overeenkomst zijn gelicht en dat de uitwerking tot DO diende te worden gebaseerd op de vraagspecificatie, onder terzijdestelling van het plan van aanpak/VO, althans dat aanneemster dat zo mocht begrijpen.
65. In het projectmanagementplan van de hand van aanneemster zelf (definitieve versie 2.0 van 24 augustus 2012) is vermeld dat in het aanbiedingsdossier het VO is opgenomen en dat dit na gunning verder wordt uitgewerkt tot definitief ontwerp.
66. Artikel 5 van de model basisovereenkomst is niet letterlijk gevolgd en wellicht is artikel 5 van de tot stand gekomen overeenkomst niet helder geformuleerd en dient dit in beginsel in het nadeel van opdrachtgeefster te worden uitgelegd, maar dit kan er naar het oordeel van appellarbiters niet toe leiden dat de verplichtingen van aanneemster niet (mede) worden bepaald door het plan van aanpak/VO.
67. Niet begrijpelijk is dat het plan van aanpak als één van de gunningscriteria wel betekenis heeft gehad bij acceptatie door opdrachtgeefster van de inschrijvingsaanbieding van aanneemster, maar dat partijen vervolgens de bedoeling zouden hebben gehad overeen te komen het plan van aanpak/VO met daarin (technisch) inhoudelijke aanbiedingen volledig terzijde te stellen.
68. Aanneemster stelt in dit kader nog dat opdrachtgeefster het plan van aanpak/VO in lid 1 van artikel 5 van de overeenkomst, onder de vraagspecificatie, had moeten opnemen. Omdat het VO als zodanig niet van de hand van opdrachtgeefster was, heeft opdrachtgeefster daar begrijpelijkerwijs niet voor gekozen.
69. Appellarbiters zijn gelet op al het voorgaande met opdrachtgeefster van oordeel dat het plan van aanpak en het VO onderdeel zijn geworden van de tussen partijen tot stand gekomen overeenkomst met dien verstande dat het

aanneemster niet zonder meer vrijstond om terug te komen op door haar in het plan van aanpak/VO gemaakte keuzes, zoals de keuze voor toepassing van pistonpompen voor verticaal transport van het te verwerken slib en de keuze voor centrifuges voor de ontwatering van het slib, te plaatsen in het slibontwateringsgebouw.

70. De vijf in de memorie van antwoord in incidenteel appel door aanneemster expliciet genoemde redenen tegen de redenering dat wijzigingen op het plan van aanpak/VO niet mogelijk zijn, doen aan het voorgaande niets af.
71. Appellarbiters volgen aanneemster ten eerste niet in haar stelling dat uit artikel 5 lid 2 van de overeenkomst volgt dat het plan van aanpak moet worden beschouwd als een ná totstandkoming van de overeenkomst te vervaardigen VO.
72. Dat in de eerdere UAV-GC 2000 in paragraaf 15 lid 3 sub a nog werd gesproken over de 'eisen opgenomen in de vraagspecificatie', maakt niet dat wat de eisen betreft enkel sprake kan zijn van expliciet van de hand van opdrachtgeefster afkomstige eisen en dat uit door aanneemster opgestelde, van het contract deel uitmakende, stukken geen eisen kunnen voortvloeien. Zoals opdrachtgeefster aanvoert is, anders dan aanneemster stelt, door de verandering van 'eisen opgenomen in de vraagspecificatie' in 'eisen opgenomen in de overeenkomst' eerder sprake van een verruiming, zodat, anders dan aanneemster stelt, de eisen uit het plan van aanpak/VO niet zijn uitgesloten bij toepassing van paragraaf 15 lid 3 sub a UAV-GC 2005. Overigens wordt in paragraaf 14 UAV-GC 2005 (door opdrachtgever opgedragen wijzigingen), net als in paragraaf 14 UAV-GC 2000 nog gesproken over 'eisen opgenomen in de vraagspecificatie'.
73. Dat opdrachtgeefster in algemene zin zou hebben aangegeven dat wijzigingen in het ontwerp geen probleem hoeven te zijn indien voldaan blijft worden aan de eisen uit de vraagspecificatie, maakt nog niet dat opdrachtgeefster een beroep op lid 4 van paragraaf 15 UAV-GC 2005 heeft prijsgegeven.
74. Dat het VO per definitie een ontwerpdocument is ten opzichte waarvan wijzigingen nog mogelijk zijn, gaat niet op omdat het onderhavige VO tot een contractdocument is geworden.

75. Als vijfde reden acht aanneemster het onredelijk dat zij niet gerechtigd zou zijn ontwerpwijzigingen door te voeren ten opzichte van het plan van aanpak/VO indien opdrachtgeefster niet kan aantonen dat hierdoor de eisen die voortvloeien uit de vraagspecificatie in het gedrang komen. Ook hier geldt dat dit niet opgaat omdat het onderhavige VO tot een contractdocument is geworden en, ten opzichte van de vraagspecificatie uitgewerkte, overeengekomen eisen bevat.
76. Ook de vijf bij pleidooi door aanneemster expliciet genoemde argumenten waarom zij terug zou mogen komen op in het plan van aanpak/VO opgenomen ontwerpkeuzes, treffen geen doel.
77. Dat in de vraagspecificatie of in de overeenkomst zelf niet expliciet staat vermeld dat het aanneemster niet vrijstaat terug te komen op in het plan van aanpak/VO vermelde keuzes, doet aan de status als contractdocument met bindende eisen niet af.
78. Nu, zoals reeds aangehaald, uit de inschrijvingsleidraad volgt dat het plan van aanpak het VO zou worden en dat robuustheid van door aanneemster in dat kader geselecteerde technologie als een van de gunningscriteria zou worden gehanteerd, treft een taalkundige uitleg van het plan van aanpak als slechts 'opzet of voornemen' geen doel.
79. Dat in de vraagspecificatie zelf is vermeld dat het aanneemster vrijstaat wijzigingen door te voeren in de sliblijn, zolang maar wordt voldaan aan de vraagspecificatie, doet er niet aan af dat het plan van aanpak/VO mede de overeengekomen eisen bevatten.
80. Hierboven is al geoordeeld dat voor zover opdrachtgeefster in algemene zin aangegeven zou hebben dat wijzigingen in het ontwerp geen probleem hoeven te zijn indien voldaan blijft worden aan de eisen uit de vraagspecificatie, dit nog niet maakt dat opdrachtgeefster een beroep op lid 4 van paragraaf 15 UAV-GC 2005 heeft prijsgegeven.
81. Als vijfde argument noemt aanneemster weer de formulering van artikel 5 lid 2 van de overeenkomst. Daarover is hierboven al geoordeeld.

82. Gelet op al het voorgaande hebben arbiters in eerste aanleg ten onrechte geoordeeld dat de in geschil zijnde wijzigingen niet met toepassing van paragraaf 15 lid 3 sub a UAV-GC 2005 dienen te worden beoordeeld, maar met toepassing van lid 3 sub c en zijn zij ten onrechte overgegaan tot de daaruit voortvloeiende technisch inhoudelijke beoordeling van de wijzigingen.
83. Opdrachtgeefster mocht met een beroep op paragraaf 15 lid 3 sub a, juncto lid 4 UAV-GC 2005 de door aanneemster voorgestane in geschil zijnde wijzigingen zonder opgaaf van redenen weigeren te accepteren.
84. Appellarbiters komen tot de conclusie dat de grieven I, II, III en IV van opdrachtgeefster in hun onderlinge samenhang tot gevolg hebben dat de grieven 1 en 2 van aanneemster sneuvelen.
85. Aanneemster bestrijdt met **grievens 6, 7 en 8** het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat niet is gebleken van een door opdrachtgeefster gewekt vertrouwen dat de wijziging van pistonpompen in vijzels in redelijkheid niet meer mocht worden geweigerd. Voor zover het grief 6 betreft voert aanneemster geen nieuwe argumenten aan en zien appellarbiters geen reden om af te wijken van het oordeel van arbiters in eerste aanleg, zodat grief 6 faalt. Anders dan aanneemster stelt, heeft opdrachtgeefster naar aanleiding van het DO wel (tijdig) opmerkingen geplaatst bij toepassing van vijzels, zodat ook grief 7 geen doel treft. Het (kort) voorafgaand aan het DO ingediende Integraal Ontwerp (IO) had geen contractuele status en kon opdrachtgeefster dan ook niet binden, ook niet bij gebreke van (tijdig) commentaar erop, zoals aanneemster aanvoert. Grief 8 treft daarom evenmin doel.
86. Met **grief 9** komt aanneemster op tegen het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat van de partij jegens wie wanprestatie is gepleegd in redelijkheid niet kan worden gevergd dat zij de daardoor geleden schade beperkt door op ongunstigere voorwaarden te contracteren. Volgens aanneemster voldoet een systeem met vijzels volledig aan de bepalingen van de overeenkomst en was opdrachtgeefster op grond daarvan gehouden in te stemmen met de door aanneemster beoogde wijziging. De vraag óf met een wijziging al dan niet wordt voldaan aan de (technisch inhoudelijke) bepalingen van de overeenkomst doet niets af aan de mogelijkheid die lid 4 van paragraaf 15

UAV-GC 2005 geeft om zonder opgaaf van redenen te weigeren een wijziging te accepteren. Ook grief 9 treft geen doel.

87. Aanneemster verwoordt met **grief 13** haar bezwaar tegen de afwijzing van haar betoog dat zij met de weigering van het systeem met zeefbandpersen een systeem krijgt opgedrongen waarbij zij wegens overschrijding van het maximum PE-verbruik boetes zal verbeuren. Ook deze vraag doet, daargelaten dat de gestelde overschrijding niet is komen vast te staan, niets af aan de mogelijkheid die lid 4 van paragraaf 15 UAV-GC 2005 geeft om zonder opgaaf van redenen, te weigeren een wijziging te accepteren. Ook deze grief faalt daarom.
88. De uitkomst van grieven 6, 7, 8, 9 en 13 nopen appellarbiters niet tot een ander oordeel dan hierboven bij de bespreking van paragraaf 15 UAV-GC 2005 (grieven 1 en 2, alsmede I, II, III en IV) reeds is gegeven. Gelet op dat oordeel kunnen de door partijen tegen het vonnis in eerste aanleg opgeworpen **overige grieven** geen doel treffen, zodat appellarbiters niet aan een inhoudelijke behandeling daarvan toekomen.
89. Aanneemster biedt (getuigen)bewijs aan ter zake van haar stelling dat een systeem met vijzels en zeefbandpersen wel zal voldoen aan de bepalingen van de overeenkomst. Gelet op de uitkomst van de bespreking van de grieven gaan appellarbiters aan dit aanbod voorbij. Appellarbiters gaan ook voorbij aan het overige niet gespecificeerde aanbod tot het leveren van bewijs.

slotsom in principaal en incidenteel appel

90. Gelet op al het voorgaande was aanneemster op grond van de tussen partijen tot stand gekomen overeenkomst van 26 april 2012 gehouden het werk uit te voeren met een systeem met pistonpompen en een in het slibontwateringsgebouw te realiseren systeem met centrifuges.
91. Appellarbiters zullen het beroepen vonnis dan ook bekrachtigen onder verbetering van de gronden zoals hierboven beschreven, behoudens het volgende.
92. Nu opdrachtgeefster aanneemster inmiddels toch toestemming heeft gegeven vijzels in plaats van pistonpompen toe te passen (rechtsoverweging 19) is een

veroordeling van aanneemster om in het werk een systeem met pistonpompen te realiseren op straffe van verbeurte van een dwangsom niet meer aan de orde en zullen appellarbiters het beroepen vonnis te dien aanzien vernietigen.

de proceskosten in principaal en incidenteel appel tezamen en overige vorderingen

93. Nu aanneemster in overwegende mate in appel in het ongelijk is gesteld, achten appellarbiters het billijk dat aanneemster de proceskosten in appel draagt.
94. De door de Raad gemaakte kosten in appel hebben tot en met het depot van dit vonnis ter griffie van de rechtbank te Amsterdam € 25.499,75 (waarvan € 4.404,75 aan btw) bedragen en zijn verrekend tot een beloop van € 20.499,75 met de door aanneemster gedane stortingen en tot een beloop van € 5.000,00 met de door opdrachtgeefster gedane storting. Appellarbiters bepalen de tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van opdrachtgeefster in appel, gelet op het ongelijk van aanneemster, in billijkheid op € 10.000,00.
95. Ter zake van de proceskosten in appel dient derhalve door aanneemster aan opdrachtgeefster te worden voldaan € 5.000,00 + € 10.000,00 = € 15.000,00.
96. Hetgeen in hoger beroep meer of anders is gevorderd dient te worden afgewezen.

DE BESLISSING

Appellarbiters, rechtdoende in hoger beroep als goede mannen naar billijkheid:

in principaal en incidenteel appel

VERNIETIGEN het vonnis waarvan beroep voor zover het betreft:

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

moment dat aanneemster een systeem met pistonpompen overeenkomstig de Aanbieding heeft aangebracht;

BEKRACHTIGEN het vonnis waarvan beroep voor het overige onder verbetering van de gronden;

VEROORDELEN aanneemster ter verrekening van de proceskosten in appel aan opdrachtgeefster te betalen € 15.000,00 (vijftienduizend euro);

WIJZEN AF hetgeen in hoger beroep meer of anders is gevorderd.

Aldus gewezen te Amsterdam, 30 december 2014

w.g. J.C. van Dijk
hb 71932 ea 34618

w.g. L.Th. Verriet

w.g. M. Schellekens