

eisen, anders dan het geval bij Rb. Gelderland (althans blijkt dat niet uit die uitspraak). En tot slot (niet onbelangrijk) kon Rb. Gelderland uit de verklaring van inschrijver en leverancier niet afleiden dat hetgeen in de winnende inschrijving werd aangeboden ook voldeed aan de gevraagde eisen. Uit die verklaring kon immers niet worden afgeleid dat aan de eisen zou worden voldaan, omdat daar de winnende inschrijver nou juist deze eisen betwistte. Ook dit is anders dan de verklaring van Rb. Den Haag.

7. Conclusie is dat productspecificaties onder omstandigheden kunnen leiden tot gerede twijfel, maar deze twijfel door een verklaring van inschrijver en leverancier, afhankelijk van de inhoud daarvan, weer kan worden weggenomen.

8. De les voor de praktijk van inschrijvers: onderbouwen! De onderbouwing bepaalt immers of, en zo ja in welke mate gerede twijfel (en dus een onderzoeksplicht voor aanbestedende dienst) ontstaat. Hoe specifiek hoe beter (productspecificaties i.p.v. een handleiding). Bovendien zal een ruim onderbouwde twijfel minder snel worden weggenomen. Aan de andere kant zal een goed onderbouwde inschrijving (al dan niet met een duidelijke verklaring van leverancier achteraf) gerede twijfel kunnen voorkomen/wegnemen.

9. Voor de aanbestedende dienst geldt dat zij in beginsel mag afgaan op de onderbouwing van inschrijvers. Echter, ook zij zal haar twijfel of juist het ontbreken daarvan moeten onderbouwen. De reikwijdte van die motiveringsverplichting zal in sterke mate afhankelijk zijn van de onderbouwing van inschrijvers.

10. Let wel, ook bij een beperkte onderbouwing van de twijfel door afgewezen inschrijver doet een aanbestedende dienst er verstandig aan om kritisch de inschrijving te bekijken. Doet zij dat niet en blijkt tijdens uitvoering (bijv. door een WOB-verzoek) dat de inschrijving (toch) niet realiseerbaar is/niet voldoet aan de eisen, kan sprake zijn van een wezenlijke wijziging en zelfs schadelijkheid voor de aanbestedende dienst.⁷

11. Zo kan in onderhavig geval AED Solutions alsnog de Politie en Procardio in rechte aanspreken als tijdens uitvoering zou blijken dat het aangeboden product van Procardio toch niet blijkt te voldoen (zoals tijdens het onderhavige kort geding betoogd door AED Solutions).

12. Kortom, hoewel het in beginsel aan inschrijvers is om de twijfel of inschrijving te onderbouwen, doen aanbestedende diensten er verstandig aan de (winnende) inschrijving(en) kritisch te bekijken.

E.H. Leenders

BR 2021/78

Raad van Arbitrage voor de Bouw 10 mei 2021, nr. 36.868 (Mr. A.G.J. van Wassenaer van Catwijck, ir. J.T. Bresters & ing. B. Koman)
m.nt. M.A. Greven¹

(§ 44 UAV-GC)

Bouwrecht, tijdig aanspraak maken op kostenvergoeding § 44 UAV-GC.

Opdrachtnemster maakt 1,5 jaar na oplevering (en na de eindafrekening) aanspraak op kostenvergoeding op grond van § 44 lid 1 UAV-GC. Naar het oordeel van arbiters heeft Opdrachtnemster door niet met bekwame spoed schriftelijk gemotiveerd haar recht op kostenvergoeding kenbaar te maken niet voldaan aan het vereiste van § 44 lid 2 UAV-GC in combinatie met § 44 lid 5 UAV-GC. De mededeling van Opdrachtnemster vlak na oplevering is geen melding in de zin van § 44 lid 5 UAV-GC.

SCHEIDSRECHTERLIJK VONNIS

In een geschil tussen de besloten vennootschap A, hierna te noemen "opdrachtnemster", eiseres, en de publiekrechtelijke rechtspersoon DE STAAT, hierna te noemen "opdrachtgever", verweerder (...)

Het geschil

6. Opdrachtnemster is van mening dat de in het Werk aangetroffen zandkwaliteit (de korrelgrootte daarvan), de in het Werk geconstateerde hoeveelheid aanzanding en de in het Werk vastgestelde (beperkte) aanwezigheid van keileem afwijkt van de door opdrachtgever daarover bij aanbesteding verstrekte informatie. De door opdrachtgever verstrekte informatie is volgens haar onjuist. Omdat opdrachtgever verantwoordelijk is voor de juistheid van de door hem verstrekte informatie dienen de hierdoor ontstane meerkosten door opdrachtgever te worden gedragen, aldus opdrachtnemster.

7. Zij vindt dat sprake is van kosten die hun oorzaak vinden in een omstandigheid waarvoor opdrachtgever op grond van de Overeenkomst verantwoordelijk is, zoals beschreven in paragraaf 44 lid 1 sub b UAV-GC 2005. Daarnaast meent zij dat het gaat om onvoorziene omstandigheden in de zin van paragraaf 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005 en artikel 6:258 BW.

Ten slotte is opdrachtgever volgens haar ongerechtvaardigd verrijkt (artikel 6:212 BW) als opdrachtnemster, naast al haar verliezen, ook deze meerkosten zelf zou moeten dragen. Dat levert bovendien een situatie op die naar maatstaven

⁷ Zie bijv. recent: Rb. Midden-Nederland 30 december 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5672 (alsmede Rb. Midden-Nederland 10 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3919).

¹ Myrna Greven is advocaat bij Infense advocaten, gespecialiseerd in bouwrecht.

van redelijkheid en billijkheid volgens opdrachtnemster onaanvaardbaar is (artikel 6:248 BW).

8. Na eisvermindering bij pleitnota in verband met per vergissing doorberekende hogere transportkosten van € 567.944,00 bij transporten die los staan van de extra aanzanding, vordert opdrachtnemster dat arbiters opdrachtgever zullen veroordelen tot het betalen van (€ 12.808.792,28 -/€ 567.944,00 =) € 12.240.848,2 exclusief btw, of een door arbiters vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 1 september 2019, te verhogen met 2% punt vanaf 18 december 2019. Alles kosten rechtens bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad. (...)

15. Opdrachtgever heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijk verklaring van opdrachtnemster in haar vorderingen, of tot afwijzing daarvan. Alles kosten rechtens, met verklaring dat de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad zal zijn en met de bepaling dat over die proceskostenveroordeling de wettelijke rente verschuldigd zal zijn met ingang van veertien dagen na de datum van het vonnis.

De beoordeling van het geschil

16. Paragraaf 44 lid 1 UAV-GC 2005 bepaalt dat opdrachtnemster (behoudens het bepaalde in paragraaf 45, waarvan hier geen sprake is) uitsluitend recht op kosten vergoeding en/of termijnverlenging heeft als a) de UAV-GC 2005 daar uitdrukkelijk in voorzien en onder de voorwaarden dat kosten en/of vertraging hun oorzaak vinden in een omstandigheid die niet aan opdrachtnemster kan worden toegerekend, of b) kosten en/of vertraging hun oorzaak vinden in een omstandigheid waarvoor opdrachtgever verantwoordelijk is en waartegen opdrachtnemster niet behoefde te waarschuwen gelet op haar in paragraaf 4 lid 7 genoemde verplichting, 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.

17. Lid 2 van deze paragraaf bepaalt dat opdrachtnemster als zij meent dat zij recht heeft op kostenvergoeding en/of termijnverlenging, dit opdrachtgever met bekwame spoed schriftelijk en gemotiveerd meedeelt.

18. Opdrachtgever beklagt zich er onder andere over dat opdrachtnemster pas geruime tijd na oplevering en pas na de eindafrekening van het werk aanspraak maakt op kostenvergoedingen. Naar zijn mening heeft opdrachtnemster niet met bekwame spoed schriftelijk en gemotiveerd haar recht op kostenvergoeding aan hem meegedeeld, zoals paragraaf 44 lid 2 UAV-GC 2005 vereist

19. Daarin volgen arbiters opdrachtgever. Voor zover opdrachtnemster haar vordering baseert op paragraaf 44 lid 1 sub b UAV-GC 2005 heeft opdrachtnemster niet voldaan aan het vereiste van paragraaf 44 lid 2 UAV-GC 2005 in combinatie met paragraaf 44 lid 5 UAV-GC 2005 door niet met bekwame spoed schriftelijk en gemotiveerd haar recht op kostenvergoeding kenbaar te maken onder vermelding van alle directe en indirecte kosten, maar dat pas anderhalf jaar na oplevering te doen. Weliswaar heeft zij kort na

oplevering opdrachtgever laten weten dat het project voor haar verliesgevend is geweest en zij dit zou gaan evalueren. Zij heeft daarmee echter geen aanspraak gemaakt op kostenvergoeding, en ook heeft die mededeling niet te gelden als een melding zoals paragraaf 44 lid 5 UAV-GC 2005 die vereist.

20. Ook daar waar opdrachtnemster zich beroept op onvoorziene omstandigheden zoals beschreven in paragraaf 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005 zijn arbiters van oordeel dat opdrachtnemster niet met bekwame spoed schriftelijk en gemotiveerd heeft meegedeeld dat zij recht heeft op kostenvergoeding zoals beschreven in paragraaf 44 lid 2 UAV-GC 2005, nog daargelaten of de door opdrachtnemster geschetste omstandigheden als onvoorziene omstandigheden zijn aan te merken, waarover hierna meer.

21. Dit betekent dat de vorderingen van opdrachtnemster moeten worden afgewezen. (...)

De beslissing

Arbiters, rechtdoende naar de regelen des rechts: Wijzen de vorderingen van opdrachtnemster af; veroordelen opdrachtnemster ter verrekening van de proceskosten aan opdrachtgever te betalen € 15.996,00 (vijftienduizend negenhonderdzesennegentig euro), vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf veertien dagen na de datum van dit vonnis; verklaren dit vonnis voor de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

Noot

I. Wat was er aan de hand?

1. In deze zaak ligt ter beantwoording voor de vraag of Opdrachtnemster 1,5 jaar na oplevering op grond van § 44 UAV-GC nog aanspraak kan maken op kostenvergoeding.

2. Na het volgen van een Europese aanbestedingsprocedure is tussen Opdrachtnemster en Opdrachtgever een Model Basisovereenkomst tot stand gekomen onder toepasselijkheid van de UAV-GC. Opdrachtgever heeft Opdrachtnemster om een nadere toelichting gevraagd vanwege het vermoeden van een "abnormaal lage inschrijving", waarna de opdracht alsnog aan Opdrachtnemster is gegund.

3. Op 16 februari 2018 heeft Opdrachtgever het werk aanvaard. Kort daarna heeft Opdrachtnemster aan Opdrachtgever laten weten dat het project voor haar buitengewoon verliesgevend is geweest. Zij kondigde een analyse aan die zij met Opdrachtgever zal evalueren. Opdrachtnemster lichtte toe dat de tijdens de voorbereiding van het project gemaakte analyses afweken van de werkelijkheid.

4. Eerst bij brief van 12 juli 2019 heeft Opdrachtnemster aanspraak gemaakt op vergoeding van een bedrag van € 12.117.558,68. Nu Opdrachtnemster pas 1,5 jaar na oplevering voor het eerst (concreet) aanspraak maakte op kostenvergoeding, wees Opdrachtgever de claim af.

5. Opdrachtnemster vordert in de procedure kostenvergoeding op grond van § 44 lid 1 sub b UAV-GC (vanwege

door Opdrachtgever bij aanbesteding verstrekte onjuiste informatie). Daarnaast beriep Opdrachtneemster zich op onvoorziene omstandigheden (§ 44 lid 1 sub c UAV-GC en artikel 6:258 BW), ongerechtvaardigde verrijking (6:212 BW) en tenslotte heeft Opdrachtneemster een beroep gedaan op de redelijkheid en billijkheid.

II. Tijdig melden

6. Arbiters wijzen de vorderingen af, omdat Opdrachtneemster niet met bekwame spoed schriftelijk gemotiveerd aanspraak heeft gemaakt op kostenvergoeding onder vermelding van alle directe en indirecte kosten. Deze zaak illustreert maar weer eens het belang van een tijdige melding.

7. Nu Opdrachtneemster haar vordering heeft gebaseerd op § 44 lid 1 sub b en/of sub c, oordelen arbiters dat Opdrachtneemster in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in § 44 lid 2 UAV-GC (en in geval van § 44 lid 1 sub b ook met het bepaalde in § 44 lid 5 UAV-GC) door pas 1,5 jaar na oplevering aanspraak te maken op kostenvergoeding. Dat is volgens arbiters te laat. De mededeling die Opdrachtneemster vlak na oplevering heeft gedaan – namelijk dat het een verliesgevend project is geweest en evaluatie nog zou volgen – kwalificeert volgens arbiters niet als een melding zoals § 44 lid 5 UAV-GC vereist.²

8. Arbiters komen tot hun eindoordeel dat de vorderingen van Opdrachtneemster moeten worden afgewezen.³ Hoewel arbiters dit niet letterlijk verwoorden, lijkt het erop dat zij de meldingsplicht in § 44 lid 2 (en lid 5) UAV-GC uitleggen als een vervalbeding. Blijft een tijdige schriftelijke én gemotiveerde melding achterwege, dan leidt dat tot afwijzing van de vordering, zo lijkt het.

9. Mijns inziens bestaat er ruimte voor nuance. Vergelijk daartoe de meldingsplicht van een aannemer in § 6 lid 15 van de UAV 2012. In die paragraaf is bepaald dat in het geval de aannemer meent, behalve op de aanneemsom en op meerwerk nog andere aanspraken jegens de opdrachtgever te hebben, de aannemer dit zo spoedig mogelijk en schriftelijk aan de opdrachtgever kenbaar moet maken. Uit de jurisprudentie is af te leiden dat handelen in strijd met § 6 lid 15 UAV 2012 niet aan ontvankelijkheid van de vordering in de weg staat. Van doorslaggevend belang lijkt te zijn of de opdrachtgever in zijn verdediging wordt geschaad, bijvoorbeeld als hij pas achteraf wordt overvallen met een claim waarvan hij het bestaan niet had kunnen realiseren. Dat zal niet het geval zijn als de aannemer hiervan al eerder melding heeft gemaakt (bijvoorbeeld in een werkvergadering).⁴ Uit de jurisprudentie volgt ook dat het niet tijdig doen van een melding niet tot verval van aanspraken leidt, maar hooguit tot een bewijsrechtelijk lastigere positie van de aannemer.⁵ Het niet tijdig melden kan dan leiden tot het

oordeel dat niet meer is vast te stellen of een aanspraak bestaat.

10. Ook in het kader van de meldingsplicht in § 44 leden 2 en 5 UAV-GC bestaat jurisprudentie waaruit volgt dat het moment van melden niet alles bepalend is, maar ook andere omstandigheden relevant kunnen zijn, bijvoorbeeld door te kijken of een opdrachtgever door het tijdverloop te zeer was geschaad in haar belangen.⁶ Ook de mate van bemoeienis van de opdrachtgever in combinatie met een complex en risicovol ontwerp leidde er in een andere zaak toe dat een niet tijdige melding niet alles bepalend was.⁷

11. Arbiters lijken in deze zaak een scherpere koers te varen, waar zij het enkele niet tijdig melden doorslaggevend vinden. Uit het vonnis is niet af te leiden of arbiters hebben gekeken of en in hoeverre belangen van de Opdrachtgever door het tijdverloop zijn geschaad. Door de melding vlak na oplevering kon Opdrachtneemster in ieder geval bepleiten dat zij Opdrachtgever niet heeft overvallen met haar claim. Evenwel blijft gelden dat die enkele melding van Opdrachtneemster zeer marginaal was en in ieder geval niet voldeed aan de eisen van § 44 lid 5 UAV-GC. Doorgaans hoeft een opgave weliswaar niet tot in detail te kloppen, maar mag van Opdrachtneemster wel worden verwacht dat zij Opdrachtgever voorziet van een voldoende inzichtelijk gespecificeerde indicatie van de hoogte van die kosten en/of stagnatieschade en/of prijsaanpassing.⁸ Die indicatie heeft Opdrachtneemster pas 1,5 jaar na oplevering kenbaar gemaakt. Daardoor is het oordeel van arbiters weliswaar streng, maar niet onbegrijpelijk.

12. Wellicht heeft een rol gespeeld dat arbiters (ten overvloede) ook op inhoudelijke gronden tot een afwijzing van de claim zijn gekomen.

III. Praktische betekenis

13. Er dient rekening mee te worden gehouden dat de meldingsplichten in § 44 leden 2 en 5 UAV-GC doorgaans strikt worden gehanteerd. Voor Opdrachtgevers is dat een stok om mee te slaan voor het geval een Opdrachtneemster pas enige tijd na oplevering melding maakt van kostenvergoeding. Opdrachtneemers doen er verstandig aan om in een zo vroeg mogelijk stadium melding te maken van hun aanspraak, indien zich een situatie voordoet, zoals omschreven in § 44 lid 1 UAV-GC. Hierbij dient melding idealiter in ieder geval gepaard te gaan met een indicatie en specificatie de kosten.

M.A. Greven

² Alinea 19 van het vonnis.

³ Alinea 21 van het vonnis.

⁴ RvA 21 mei 2002, nr. 21.916 (alinea 11).

⁵ RvA 4 oktober 2011, nr. 31.772, alinea 17 (slot); RvA 2 december 2013, nr. 33.928; RvA 7 februari 2012, nr. 31.740 (m.n. alinea 21). Rb. Rotterdam 8 maart 2017 (ECLI:NL:RBROT:2017:1831), r.o. 4.16.1; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juli 2017 (ECLI:NL:GHARL:2017:6188) r.o. 5.26; Hof 's-Hertogenbosch 3 december 2019 (ECLI:NL:GHSHE:2019:4386), r.o. 3.19.

⁶ RvA 18 september 2014, nr. 33.764.

⁷ RvA 16 februari 2018, nr. 35.734 (alinea 115).

⁸ RvA 16 oktober 2019, nr. 36.433 (alinea 31).