

TBR 2022/73**Raad van Arbitrage voor de Bouw, 8 februari 2021, No. 72.210, (Onvoorziene omstandigheden)**

(Mr. R.E. Weening, ir. drs. J.F. Houtman en R.C. van der Kroon)

UAV-GC 2005: par. 44

Onvoorziene omstandigheden. Par. 44 UAV-GC. Intredingsmoment onvoorziene omstandigheid.

Met aantekening T.L. de Leeuwe en J. Springelkamp, Red.¹**het geschil in eerste aanleg**

7. In eerste aanleg vorderde opdrachtnemer betaling van een hoofdsom van € 3.553.913,33 [...]

8. Opdrachtnemer baseerde deze aanspraak op paragraaf 44 lid 1 sub b UAV-GC 2005 en zijn aanspraken ten aanzien van vervuilde obstakels en bodemverontreiniging primair op paragraaf 13 UAV-GC 2005. [...]

10. De Gemeente betwistte dat zij gehouden was tot kostenvergoeding en maakte daarnaast bezwaar tegen de hoogte van de gevorderde kosten.

11. Het scheidsgerecht in eerste aanleg heeft de vorderingen van opdrachtnemer afgewezen [...]

het geschil in principaal en incidenteel appel

13. Opdrachtnemer heeft acht grieven tegen het vonnis in eerste aanleg opgeworpen en vordert in hoger beroep dat appellarbiters het vonnis in eerste aanleg vernietigen [...]

14. De Gemeente heeft verweer gevoerd en heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van het vonnis in eerste aanleg.

15. In voorwaardelijk incidenteel appel heeft de Gemeente twee grieven tegen het vonnis in eerste aanleg gericht en geconcludeerd tot vernietiging van dat vonnis.

16. opdrachtnemer heeft geconcludeerd tot ongegrondverklaring van het voorwaardelijk incidenteel appel.

17. Beide partijen hebben veroordeling van de wederpartij in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep gevorderd.

de feiten

18. Tegen de in eerste aanleg vastgestelde feiten hebben partijen niet gegriefd, zij het dat opdrachtnemer heeft opgemerkt dat de fei-

tenweergave erg summier is. Appellarbiters overwegen dat er geen rechtsregel is die hen verplicht alle door de ene partij gestelde en door de andere partij erkende of niet weersproken feiten als vaststaand in de uitspraak te vermelden. Zij vermelden alleen de feiten die voor de beoordeling van het geschil relevant zijn. Deze zijn:

a. Op 16 november 2011 is de Gemeente de aanbestedingsprocedure gestart van het project E te F op het terrein van de voormalige gasfabriek G conform de concurrentiegerichte dialoog op basis van het Aanbestedingsreglement Werken 2005. Opdrachtnemer heeft op 11 juni 2013 de Definitieve aanbieding gedaan, op basis waarvan de Gemeente op 12 september 2013 de uitvoering van het project heeft opgedragen aan Opdrachtnemer.

b. Partijen hebben drie overeenkomsten gesloten voor het ontwerp, de realisatie, het onderhoud en facilitaire dienstverlening ten behoeve van een cultuurgebouw, woningen, een openbare parkeergarage, openbaar gebied en commerciële voorzieningen.

c. In geschil is de ‘Basisovereenkomst F’ van 12 september 2013 (verder: de Basisovereenkomst), die betrekking heeft op het ontwerp en de realisatie van het cultuurgebouw, de openbare parkeergarage en het openbaar gebied (verder: het Werk), alsmede het meerjarig onderhoud van het cultuurgebouw en de openbare parkeergarage.

d. Artikel 1.2 van de Basisovereenkomst bepaalt dat van toepassing zijn de UAV-GC 2005 en de daarop door de Opdrachtgever aangebrachte wijzigingen, zoals vermeld in annex X bij de Vraagspecificatie.

e. Artikel 8.1 van de Basisovereenkomst bepaalt dat a) de Opdrachtgever in annex V bij de Vraagspecificatie en in de Outputspecificatie voorschriften heeft opgenomen voor de wijze waarop de Opdrachtnemer dient om te gaan met de materialen en afvalstoffen die vrijkomen in het kader van de Uitvoerings- en Onderhoudswerkzaamheden, b) de Opdrachtgever geen uitputtend overzicht heeft opgesteld van de te verwachten materialen en afvalstoffen, c) indien er materialen vrijkomen waaromtrent niets is bepaald in de bedoelde annex, de Opdrachtgever binnen een redelijke termijn alsnog bepaalt wat daarmee moet gebeuren en d) de Opdrachtnemer geen recht heeft op een kostenvergoeding en/of termijnverlenging vanwege de aanwezigheid, verwijdering, afvoer en/of deponering van materialen en/of afvalstoffen, ongeacht of hij daarvan op de hoogte was of kon zijn, behoudens indien de Opdrachtgever hiervoor op de voet van het bepaalde in paragraaf 3 lid 2 UAV-GV 2005 aansprakelijk is.

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

‘1. Materialen vervallen aan Opdrachtnemer 1.1. Alle materialen die vrijkomen vanwege de Werk-

¹ Thomas de Leeuwe is advocaat bij Rozemond advocaten. Jaap Springelkamp is (juridisch) contractmanager bij Heijmans, hij heeft deze aantekening op persoonlijke titel geschreven.

zaamheden van de Opdrachtnemer vervallen aan de Opdrachtnemer.

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

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

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

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

2. Afvalstoffen

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

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

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

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

2.5. Afvalstoffen dienen door een, door het bevoegd gezag erkende, vervoerder te worden afgevoerd naar een, door het bevoegd gezag erkende, (eind)verwerkingsinrichting of dienen te worden afgevoerd door een, door de Opdrachtnemer in te

schakelen en door het bevoegd gezag erkende, in-zamelaar; één en ander met inachtneming van de Wet Milieubeheer.

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

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

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

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

'De Opdrachtgever is verantwoordelijk voor de inhoud van alle informatie die door middel van de Aanbestedingsdocumenten aan de Opdrachtnemer ter beschikking is gesteld. De Opdrachtgever staat niet in voor de volledigheid van de gegevens en informatie die door hem voorafgaand aan de ondertekening van de Basisovereenkomst aan de Opdrachtnemer ter beschikking zijn gesteld en/of ter inzage zijn gegeven. De Opdrachtnemer dient zelf te beoordelen of deze gegevens en informatie (voldoende) volledig zijn, rekening houdend met zijn verplichtingen uit hoofde van de Overeenkomst.

De Opdrachtgever heeft in het kader van de aanbestedingsprocedure voorafgaand aan het sluiten van de Overeenkomst milieuhygiënisch onderzoek doen verrichten op en nabij het terrein en het water alwaar het Werk moet worden gerealiseerd. De resultaten daarvan zijn als Bijlage bij de Outputspecificatie DBM gevoegd. De Opdrachtgever staat in voor de juistheid van de daarin opgenomen bodemmonsters, zulks onverminderd de waarschuwingsplicht van de Opdrachtnemer. In het verlengde van het bepaalde in de voorgaande alinea dient de Opdrachtnemer echter zelf te beoordelen of de gegevens (voldoende) volledig zijn. De Opdrachtnemer realiseert zich dat de Opdrachtgever geen gegevens heeft verstrekt met betrekking tot de toestand van de bodem onder het GGR-gebouw. De Opdrachtnemer is in het kader van de aanbestedingsprocedure voorafgaand aan het sluiten van de Overeenkomst in de gelegenheid gesteld desgewenst zelf nader milieuhygiënisch bodemonderzoek te (doen) verrichten. De Opdrachtnemer dient voorts zelf te beoordelen of de in de onderzochten opgenomen interpretaties van feitelijke gegevens juist zijn; deze interpretaties komen voor rekening en risico van de Opdrachtnemer.

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

de beoordeling van het geschil in principaal appel [...]

Onvoorziene omstandigheden

26. Ten aanzien van het beroep van opdrachtnemer op onvoorziene omstandigheden (paragraaf 44 lid 1 sub c van de UAV-GC) overwegen appellarbiters in het algemeen dat het – in aansluiting op artikel 6:258 BW – moet gaan om omstandigheden van dien aard dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Gelet op deze formulering, en gelet op de hoofdregel dat de redelijkheid en billijkheid in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord verlangen, moet de rechter (en ook het scheidsgerecht) met de aanvaarding van het beroep op onvoorziene omstandigheden terughoudend zijn.

27. De vraag die hierbij moet worden beantwoord is of het gaat om na het sluiten van het contract ingetreden omstandigheden en of intreden van die omstandigheden uitdrukkelijk of stilzwijgend in het contract is verdisconteerd. Waar partijen in het contract hebben voorzien in een oplossing van bepaalde omstandigheden kan van een onvoorziene omstandigheid niet meer gesproken worden.

28. Opdrachtnemer stelt dat ook de Gemeente verrast was door het grote aantal obstakels. De Gemeente zou volgens opdrachtnemer hebben gezegd dat in deze onvoorziene situatie naar alle redelijkheid niet alle kosten voor opdrachtnemer kunnen zijn. De Gemeente heeft ook overleg gevoerd met de Provincie en heeft bij de Provincie om extra budget gevraagd. Dit extra budget zou dan worden doorbetaald aan opdrachtnemer, maar de Provincie heeft geen extra budget verstrekt. Volgens opdrachtnemer heeft de Gemeente uitdrukkelijk erkend dat er sprake was van een tegenvaller onder het voormalige GGR-gasgebouw. Hij ver-

wijst naar een brief van de Gemeente aan de Provincie van mei 2015 (productie 170), waarin staat: *‘voor de E gaat het om extra hoge stortingskosten van sterk verontreinigde grond. Ondanks de inschattingen van zowel de provincie als andere deskundigen is de vervuiling onder het voormalige gasgebouw ernstiger dan voorzien. [De Gemeente] heeft optimaal gebruik kunnen maken van het provinciale subsidieprogramma voor vervuiling gerelateerd aan voormalige gasbedrijven. De bijdrage uit dat programma was echter niet gebaseerd op deze tegenvallende extra verontreiniging.’*

29. Appellarbiters overwegen dat de omstandigheid dat de Gemeente richting de Provincie inspanningen heeft verricht om extra budget en/of subsidie te verkrijgen en hierbij termen als ‘tegenvaller’ en ‘onvoorzien’ en dergelijke heeft gebruikt onvoldoende is om aan te nemen de Gemeente tegenover opdrachtnemer heeft erkend dat sprake was van (onvoorziene) omstandigheden waarvoor opdrachtnemer de kosten niet hoefde te dragen. Aan deze in een aantal grieven ingenomen stelling van ondernemer gaan appellarbiters daarom voorbij.

30. Met inachtneming van het bovenstaande zullen appellarbiters de grieven in principaal appel bespreken.

[...]

grief II, VTW 243 (schone obstakels) ad € 871.171,20

40. Deze grief richt zich tegen rechtsoverwegingen 26, 30, 31 en 32 van het vonnis in eerste aanleg, waarin is overwogen dat

- tussen partijen niet in geschil is dat er obstakels in de bodem aanwezig zouden zijn;
- de Gemeente aan opdrachtnemer informatie heeft verstrekt die beperkt, maar niet onjuist was: - opdrachtnemer er rekening mee moest houden dat de verstrekte informatie niet volledig was;
- de aanname dat funderingsresten alleen bestaan uit kleinschalig puin een aanname is die nergens op is gebaseerd;
- andere vondsten dan NGE's en bepaalde grote archeologische vondsten op grond van annex X voor risico van opdrachtnemer komen;
- en dat alle vorderingen van opdrachtnemer worden afgewezen.

41. Opdrachtnemer stelt dat in de tenderfase door de Gemeente heel veel informatie is verstrekt in de vorm van bodemrapporten, opgesteld in de periode van 1999 tot 2011. De rapporten benadrukken dat zeer serieus en compleet onderzoek is gedaan op basis van onderbouwde onderzoekstechnieken naar de situatie van de bodem. In deze informatie wordt consequent gesproken over ‘voormalige’ gebouwen, puinhoudende of geroerde ondergrond, fundatieresten of funderingsresten. Ook de Gemeente zelf sprak in de dialoof-fase over funderingsrestanten of funderingsresten. Uit geen van deze rapporten en ook niet uit de Outputspecificatie en antwoorden van de Gemeente in de dialoof-fase volgt dat nog complete bouwdelen in de bodem konden worden verwacht, aldus op-

drachtnemer. In de aanbieding is opdrachtnemer dan ook uitgegaan van te verwijderen resten van niet groter dan 0,5 m x 0,5 m, kleinschalig puin dat met een hydraulische kraan verwijderd kan worden zonder risico's en onder normale condities (geen saneringscondities).

42. Opdrachtnemer trof echter nog volledig vastzittende gebouwdelen in de bodem aan. Deze kunnen naar opvatting van opdrachtnemer niet gerangschikt worden onder andere 'vondsten' dan NGE's of archeologische vondsten, die voor rekening en risico van opdrachtnemer komen, zoals in eerste aanleg is geoordeeld. Per sub-VtW moet beoordeeld worden of onjuiste informatie is verstrekt of dat sprake is van de situatie die de indruk wekt volledig te zijn, terwijl dat feitelijk niet het geval is, aldus opdrachtnemer.

43. Opdrachtnemer doet ook een beroep op paragraaf 4 sub c van de UAV-GC.

44. De sub-VtW's hebben betrekking op - Algemene kosten voor de gehele VtW 243;

- een garancieput van ca 500 mm dik en een doorsnede van ca. 7 meter (VtW 243.8);
- smeerput autogarage: een gewapend betonnen vloer van ca. 100m² en ca. 300 mm dik en een gewapend betonnen muur van ca. 200 mm dik (VtW 243.9);
- kelder 2 autogarage: gewapend betonnen kelderwand inclusief vloer (VtW 243.12);
- gemetselde ei-buis: een metalen metselwerkbuis (VtW 243.16);
- massieve muur beneden de 4.60 +NAP: een massieve metstelwerk muur (VtW's 243.17 en 243.18);
- dicht geschuimde rioolstrengen: betonnen rioolstrengen (VtW 243.24);
- stapeling stenen (VtW 243.28);
- betonnen poeren (VtW 243.29);
- houten funderingspalen (VtW 243.30);
- boomstammen (VtW 243.31);
- niet te verwijderen paal (VtW 243.32);
- ijzeren leidingen (VtW 243.33);
- hout met koperbeslag (VtW 243.34);
- opdrijvende boomstammen (VtW 243.35);
- stukken hout op bodem bouwput (VtW 243.36).

45. Ten aanzien van al deze aangetroffen obstakels heeft opdrachtnemer gesteld dat deze niet in de door de Gemeente verstrekte rapporten en/of metingen zijn benoemd. Enkel wordt gesproken over puin(resten), hout, kalk, koolas etc.

46. Bij VtW 243.24 heeft opdrachtnemer daaraan toegevoegd dat de rioolverantwoordelijke vanuit de KLIC de Gemeente is. Dit riool, dat dicht is gemaakt, zou dus altijd op revisietekeningen van de Gemeente moeten staan. De Gemeente had die informatie dan ook moeten verstreken, aldus opdrachtnemer.

47. Over VtW 243.36 voert opdrachtnemer verder aan dat het waarschijnlijk om middeleeuws hout gaat en dat in de Cultuur His-

torische Effect Rapportage staat dat in de jaren 80 van de vorige eeuw ter plaatse sprake was van een grote hoeveelheid geborgen houtresten uit de oudste bewoningslagen. Dat betekent dat er geen hout verwacht hoefde te worden.

48. De hoofdregel ten aanzien van de obstakels is dat volgens annex V punt 1.4 opdrachtnemer geen aanspraak heeft op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging vanwege de aanwezigheid, verwijdering, afvoer en deponering van materialen, ongeacht of hij daarvan op de hoogte was of kon zijn, behalve als de Gemeente hiervoor op de voet van het bepaalde in paragraaf 3 lid 2 UAV-GC aansprakelijk is. Op grond van de in annex X gewijzigde paragraaf 3 lid 2 UAV-GC staat de Gemeente niet in voor de volledigheid van de verstrekte gegevens en informatie en moet de opdrachtnemer zelf beoordelen of deze gegevens en informatie (voldoende) volledig zijn.

49. Appellarbeters hebben ten aanzien van alle hiervoor genoemde VtW's niet kunnen vaststellen dat sprake is van onjuiste informatie. De Outputspecificatie verwijst naar de ter beschikking gestelde bodemonderzoeken. Dat in de Outputspecificatie zelf geen melding is gemaakt van nog in de bodem aanwezig zijn de grote obstakels is dan ook niet relevant. Mogelijk zijn de bodemonderzoeken (boringen) niet diepgaand genoeg geweest, waardoor grote obstakels niet zijn waargenomen, echter, dit maakt de verstrekte informatie nog niet onjuist. Dat in de rapporten termijnen zijn gebezigd als 'voormalig', 'verwijderd', 'vroeger aanwezig' en 'gesloopt' maakt naar het oordeel van appellarbeters ook niet dat opdrachtnemer er dus van uit kon gaan dat restanten in de vorm van grote obstakels in het geheel niet meer te verwachten waren. In diverse rapporten wordt overigens ook gesproken over de aanwezigheid van funderingen, kelders of andere obstakels (bijvoorbeeld het Verkennend bodemonderzoek, productie 141, pagina 26 en bijlage 1 kaart 2, productie 140 (de cultuurhistorische effect rapportage, pagina 7)). Dat de locaties van sommige objecten wel is weergegeven in de rapporten maar van andere objecten (waar de VtW's op zien) niet, maakt niet dat opdrachtnemer ervan uit kon gaan dat elders geen obstakels in de grond aanwezig waren. Ten aanzien van geen van de in de VtW's benoemde obstakels is in de door de Gemeente verstrekte informatie te lezen dat deze niet aanwezig zijn. Daarbij heeft, zoals de Gemeente terecht aanvoert, ook D (de adviseur van opdrachtnemer) in haar rapport (productie 36) opgemerkt dat met regulier bodemonderzoek het niet goed mogelijk is om de ondergrondse obstakels en de omvang daarvan goed in beeld te brengen en dat uiteindelijk dergelijke obstakels pas aan het licht komen bij de ontgraving van de bodem.

50. Uit de rapporten en metingen waarnaar opdrachtnemer verwijst is evenmin, ook niet als deze in onderlinge samenhang worden bezien, af te leiden dat deze uitputtende informatie

verschaffen over de in de bodem aanwezige obstakels. De Gemeente heeft met de verstrekking van deze gegevens naar het oordeel van appellarbiters niet de schijn gewekt dat het om een volledige informatieverstrekking ging. Er is veelal slechts geboord tot een bepaalde diepte en een aantal boringen is gestaakt op een harde massieve laag, waarvan de aard en omvang in de rapporten niet is vastgesteld. Dit betreft weliswaar onvolledige informatie over de aanwezigheid van obstakels in de grond, maar op grond van de overeenkomst was het aan opdrachtnemer om nader onderzoek te doen. Met deze informatie is in elk geval niet de indruk van volledigheid gewekt.

51. Ten aanzien van het beroep op onvoorziene omstandigheden (paragraaf 44 lid 1 sub c UAV-GC) overwegen appellarbiters het volgende.

52. Het standpunt van de Gemeente dat het bij onvoorziene omstandigheden gaat om omstandigheden die op het moment van sluiten van de overeenkomst nog in de toekomst lagen, is in beginsel juist. Zij kunnen de Gemeente echter niet volgen in haar stelling dat, nu het gaat om obstakels die al talloze jaren in de bodem liggen, er geen sprake is van een in de toekomst gelegen omstandigheid. De in de toekomst gelegen omstandigheid betreft namelijk niet de aanwezigheid van de obstakels op zichzelf, maar het ontdekken van deze obstakels.

53. Appellarbiters stellen vast dat de omstandigheid deels in de overeenkomst is verdisconteerd omdat overeengekomen is dat de opdrachtnemer geen recht heeft op kostenvergoeding vanwege de aanwezigheid, verwijdering afvoer en/of deponering van materialen, ongeacht of hij daarvan op de hoogte was of kon zijn.

54. Dat het om dusdanig grote obstakels ging waarvan de aanwezigheid dermate onvoorzien was en die dermate hoge kosten met zich hebben gebracht dat de Gemeente naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten, is door opdrachtnemer onvoldoende onderbouwd. In het bijzonder heeft opdrachtnemer niet aangetoond dat en in welke mate de hiervoor gemaakte kosten van € 3.300.000,00 onvoorzienbaar waren, gelet op het feit dat de grond ter plekke niet vrij was van puin, obstakels e.d.

55. Bij dit alles komt dat opdrachtnemer ter mondelinge behandeling heeft verklaard dat hij een risico-inschatting ten aanzien van de in de bodem aanwezige materialen heeft gemaakt en dat hij als gevolg daarvan ervoor heeft gekozen geen verder onderzoek te doen. Hiermee heeft opdrachtnemer dus welbewust het risico genomen dat zich obstakels van onbekende aard en omvang in de bodem zouden bevinden. Het nemen van dit risico staat aan het slagen van een beroep op onvoorziene omstandigheden in de weg.

56. Dat de Gemeente zelf ten opzichte van de Provincie het standpunt heeft ingenomen dat er sprake is van onvoorziene omstandigheden achten appellarbiters, zoals zij hiervoor al overwogen, evenmin voldoende.

57. De stelling van opdrachtnemer bij VtW 243.24 dat de Gemeente de rioolverantwoordelijke is vanuit de KLIC en dat het dichtgemaakte riool op de revisietekeningen van de Gemeente had moeten staan kan opdrachtnemer evenmin baten. Op grond van paragraaf 3 lid 1 onder a van de UAV-GC hoefde de Gemeente alleen die informatie te verschaffen waarover zij beschikte. De Gemeente heeft onbetwist gesteld niet te beschikken over revisietekeningen waarop de rioolstrengen zijn aangegeven. Gelet daarop is ook hier van schending van de informatieplicht geen sprake.

58. Appellarbiters volgen opdrachtnemer ook niet in zijn stelling bij VtW 243.36 dat in de Cultuur Historische Effect Rapportage (productie 140) staat dat in de jaren 80 van de vorige eeuw ter plaatse sprake was van een grote hoeveelheid geborgen houtresten uit de oudste bewoninglagen en dat op grond daarvan er geen stukken middeleeuws hout meer op de bodem van de bouwput verwacht hoefde te worden. Uit het desbetreffende rapport is wel af te leiden dat een grote hoeveelheid hout is geborgen, maar niet dat al het hout zou zijn geborgen. Op grond van dit rapport had opdrachtnemer rekening kunnen houden met nog aanwezig hout.

59. Gelet op al het bovenstaande moet grief II ongegrond worden verklaard.

60. Het per VtW en per sub-VtW aan de hand van de door de Gemeente verstrekte boringen beoordelen of sprake is van onjuiste informatie, onvolledige informatie waarvan de indruk is gewekt dat deze volledig was of dat sprake was van onvoorziene omstandigheden, zoals door opdrachtnemer gevraagd, is gelet op de algemene overwegingen van appellarbiters ten aanzien van deze rechtsgronden, overbodig. Hiertoe zullen appellarbiters dan ook niet overgaan.
[...]

Slotsom in het principaal appel en in het incidenteel appel

109. Aangezien alle door opdrachtnemer in principaal appel tegen het vonnis in eerste aanleg aangevoerde grieven falen, bekrachtigen appellarbiters het vonnis in eerste aanleg.

110. Nu de Gemeente het incidenteel appel voorwaardelijk heeft ingesteld voor het geval één of meer grieven in principaal appel zou(den) slagen en aan deze voorwaarde niet is voldaan, kan het incidenteel appel onbesproken blijven.
[...]

DE BESLISSING

Appellarbiters, rechtdoende in hoger beroep naar de regelen des rechts:

in principaal en incidenteel appel

BEKRACHTIGEN het vonnis waarvan beroep; **VEROORDELEN** opdrachtnemer ter verrekening van de proceskosten in appel aan de Gemeente te betalen € 24.995,50 (vierentwintigduizend negenhonderdvijfennegentig euro en vijftig cent); **WIJZEN** het in hoger beroep meer of anders geoordeelde **AF**. (*Enz., enz., Red.*)

AANTEKENING

1. Dit is een aantekening bij een ogenschijnlijk weinig opvallende uitspraak van de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen, van inmiddels alweer ruim een jaar geleden. In deze uitspraak deed de Opdrachtnemer een beroep op par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005. Zoals bekend is er over die bepaling weinig jurisprudentie; de enige uitspraak waarin een beroep daarop werd gehonoreerd, is inmiddels alweer enkele jaren oud.²

2. Ook in de voorliggende zaak sneuvelde het beroep van de Opdrachtnemer op par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005. Toch is het - mede gelet op de huidige belangstelling voor onvoorziene (en aanverwante, zoals kostenverhogende) omstandigheden - interessant om deze uitspraak nog eens nader onder de loep te nemen. Het vonnis bevat namelijk een interessante overweging over de toepassing van par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005.

3. Volgens de Toelichting op de UAV-GC 2005 hebben de opstellers beoogd om met par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005 aan te sluiten bij art. 6:258 BW (over onvoorziene omstandigheden).³ Daaruit volgt dat onvoorziene omstandigheden in de zin van par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005 uitsluitend kunnen ontstaan ná totstandkoming van de overeenkomst.⁴

4. Het intredingsmoment van een omstandigheid speelt dus een belangrijke rol bij een beroep op par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005. Interessant in deze zaak is dat arbiters overwogen dat sprake was van 'een in de toekomst gelegen omstandigheid', terwijl de feitelijke situatie na gunning niet was gewijzigd.

5. In de hiervoor genoemde zaak waarin de Opdrachtnemer zich met succes beriep op par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005, was ook sprake van een ongewijzigde feitelijke situatie. Het ging om een te renoveren sluis die om stabiliteitsredenen voorzien was van een constructieve verbinding tussen de maalgang en de kolkwand. De Opdrachtnemer veronderstelde ten tijde van de inschrijving dat de jongste constructie (de maalgang) stabiliteit verschaftte aan de oudste constructie (de kolkwand), hetgeen de arbiters niet onbegrijpelijk voorkwam. Na gunning achterhaalde de Opdrachtnemer echter aanvullende informatie waaruit bleek

dat het andersom was; de oudste constructie verschaftte stabiliteit aan de nieuwere constructie.⁵

6. Daardoor bleek het in het DO van de Opdrachtgever voorgescreven Ontwerp onuitvoerbaar, en dat had extra kosten en vertraging tot gevolg. De Opdrachtnemer beriep zich met succes op par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005. In de annotatie bij deze uitspraak werd de juistheid van dat oordeel betwijfeld. De feitelijke situatie (de aanwezigheid van de constructieve verbinding) bestond immers al 'decennialang' en dus ook ruim vóór totstandkoming van de overeenkomst. Was daarom wel sprake van een onvoorziene omstandigheid?⁶

7. In de voorliggende zaak was de Opdrachtnemer er bij de inschrijving van uitgegaan dat hij in de bodem obstakels met een maximale grootte van 0,5 bij 0,5 meter zou aantreffen. Tijdens de uitvoering trof de Opdrachtnemer echter complete bouwdelen aan en vorderde hij daarom kostenvergoeding op grond van par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005. Volgens de Opdrachtgever konden deze obstakels nooit 'onvoorziën' zijn. Deze waren al ruim vóór de totstandkoming van de overeenkomst aanwezig; de omstandigheid in kwestie bestond dus al voor het sluiten van de overeenkomst.⁷

8. Beide zaken waren aldus vergelijkbaar; de *feitelijke situatie* was niet gewijzigd na de totstandkoming van de overeenkomst. In dit vonnis overwogen de arbiters hieromtrent het volgende:⁸ 'Het standpunt van de Gemeente dat het bij onvoorziene omstandigheden gaat om omstandigheden die op het moment van het sluiten van de overeenkomst nog in de toekomst lagen, is in beginsel juist. Zij [arbiters, toevoeging auteurs] kunnen de Gemeente echter niet volgen in haar stelling dat, nu het gaat om obstakels die al talloze jaren in de bodem liggen, er geen sprake is van een in de toekomst gelegen omstandigheid. De in de toekomst gelegen omstandigheid betreft namelijk niet de aanwezigheid van de obstakels op zichzelf, maar het ontdekken van deze obstakels.'⁹

9. Dat is klare taal en ons inziens ook begrijpelijk. De hiervoor besproken uitspraken sluiten namelijk aan bij het arrest *Luycks/Kroonenberg I*, dat illustreert dat sprake kan zijn van een grensgebied waarin zowel een beroep op art. 6:228 BW (dwaling) als art. 6:258 BW mogelijk is.¹⁰ In deze zaak ging het om een overeenkomst voor de verkoop van een stuk grond, waarbij tussen partijen was overeengekomen dat de verkoper zorg zou dragen voor de sanering van

⁵ RvA 20 juni 2018 (eindvonnis), No. 35.676, ro. 7.

⁶ RvA 18 oktober 2017, No. 35.676 (tussenvonnis), *TBR* 2018/96, p. 639-655, m.nt. M.B. Klijn. Overigens was dit in de procedure geen onderwerp van discussie geweest.

⁷ RvA 8 februari 2021, No. 72.210, ro. 52.

⁸ RvA 8 februari 2021, No. 72.210, ro. 52.

⁹ Overigens leidde deze overweging dus niet tot toewijzing van de vorderingen van Opdrachtnemer, die had volgens arbiters een welbewust risico genomen dat hij obstakels van onbekende aard en omvang zou ontdekken, ro. 55.

¹⁰ M.Y. Schaub, *Wilsgebreken (Monografieën BW nr. B3)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/107.

² RvA 18 oktober 2017, No. 35.676.

³ Toelichting UAV-GC 2005, p. 98.

⁴ W.L. Valk, 'commentaar op art. 6:258', in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2021)/2.

een in de grond aanwezige verontreiniging. Deze sanering zou plaats vinden op basis van een deskundigenadvies, dat was opgesteld voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst. In het deskundigenadvies was een bepaalde werkmethode omschreven, die nadien niet geschikt bleek en moest worden gewijzigd.¹¹

10. De werkmethode was van meet af aan onjuist en die omstandigheid was na het sluiten van de overeenkomst niet gewijzigd. Daarom kwalificeerde *die* omstandigheid ook niet als onvoorziën, maar stond daarvoor slechts een beroep op dwaling open. Het *inzicht* van de deskundigen was echter wél gewijzigd en dát was wél een onvoorziën omstandigheid.¹²

11. De in deze aantekening vermelde uitspraken van de Raad laten hetzelfde zien: een onvoorziën omstandigheid kan verband houden met een feitelijke situatie die al bestond vóór het sluiten van de overeenkomst en die daarna niet is gewijzigd. Het ging in deze zaken namelijk niet om de feitelijke situatie *an sich*, maar om het *gewijzigde inzicht* in de constructieve verbinding, het *gewijzigde inzicht* ten aanzien van de werkmethode en het *aantreffen* van obstakels. Dat zijn stuk voor stuk omstandigheden die intreden ná het sluiten van de overeenkomst. Het verweer dat de feitelijke situatie al vóór totstandkoming van de overeenkomst bestond en dat daarom geen sprake is van een onvoorziën omstandigheid, lijkt bij de Raad dus weinig kansrijk.

T.L. de Leeuwe en J. Springelkamp

Licentie verstrekt aan:
 verstegen@heijlftjes.nl
 Heijlftjes Advocaten
 IBR publicatie - 10-7-2024

¹¹ HR 28 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2509 (*Luycks/Kroonenberg I*).

¹² HR 28 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2509 (*Luycks/Kroonenberg I*); M.Y. Schaub, *Wilsgebreken (Monografieën BW nr. B3)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/107.