

TBR 2023/4

De redelijkerwijs te verwachten toestand

Een vergelijking van par. 29 lid 3 UAV 2012 en par. 3 lid 3 en 4 concept UAV-GC 2020

– Mr. ing. J. Springelkamp¹

1. Inleiding

Een aannemer die een aanbieding maakt voor de realisatie van een project, zal dat in de eerste plaats doen op basis van de aan hem ter beschikking gestelde informatie. Als de informatie over de aan te treffen toestand onvolledig blijkt - en niet eenvoudig door hem kan worden verkregen - zal hij een inschatting maken van de te verwachten toestand. Er kan zich de omstandigheid voordoen dat tijdens de uitvoering van het werk blijkt dat deze inschatting niet in overeenstemming is met de werkelijke toestand en negatieve gevolgen met zich meebrengt.²

Uit par. 29 lid 3 UAV 2012 volgt dat een aannemer, afgezien van de verrekening van meer en minder werk, aanspraak kan maken op bijbetaling als de tijdens de uitvoering blijvende toestand afwijkt van de in het bestek aangeduide toestand of, als er *geen* toestand is aangeduid of informatie is verstrekt, de tijdens de uitvoering blijvende toestand afwijkt van die welke de aannemer *redelijkerwijs mocht verwachten*. In beide hiervoor bedoelde gevallen geldt bovendien dat de verschillen van zodanige aard moeten zijn dat de gevolgen daarvan redelijkerwijs niet voor rekening van de aannemer dienen te komen.

Met uitzondering van de in par. 13 UAV-GC 2005 genoemde gevallen ontbreekt in de UAV-GC 2005 een algemene regeling vergelijkbaar met die van par. 29 lid 3 UAV 2012. Hierdoor komt het

risko van onvolledige informatie veelal voor rekening van de aannemer.³ Het ontbreken van zo een regeling heeft geleid tot kritiek.⁴

In de concept UAV-GC 2020 is par. 13 komen te vervallen en is in par. 3 lid 3 en 4 een algemene bepaling opgenomen die enerzijds overeenkomsten heeft met par. 29 lid 3 UAV 2012, maar anderzijds ook met par. 13 lid 1 en 2 UAV-GC 2005.⁵ Als de tijdens de realisatie van het werk blijvende toestand afwijkt van de toestand die een zorgvuldig opdrachtnemer 'gegeven de aard, de inhoud en de wijze van totstandkoming van de Overeenkomst, de aard van het Werk, de aard van het Meerjarig Onderhoud en de overige omstandigheden van het geval redelijkerwijs had mogen verwachten' en de afwijkingen van zodanige aard zijn dat de gevolgen daarvan redelijkerwijs niet voor rekening van de opdrachtnemer dienen te komen, heeft de opdrachtnemer recht op vergoeding.

Tijdens de Expertmeeting op 15 maart 2021 naar aanleiding van de consultatieversie van de concept UAV-GC 2020 is commentaar gegeven op het feit dat de tekst van par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020 afwijkt van par. 29 lid 3 UAV 2012. De tekst van par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020 zou een zwaardere bewijslast suggereren dan uit par. 29 lid 3 UAV 2012 voort zou vloeien. Het zou de voorkeur hebben om par. 3 lid 3 UAV-GC 2020 meer aan te laten sluiten bij de tekst van par. 29 lid 3

³ Dat is naast de in par. 13 UAV-GC 2005 genoemde gevallen ook anders als de indruk is gewekt dat informatie volledig is terwijl dat niet zo blijkt te zijn of als sprake is van een 'onvoorziene omstandigheid' in de zin van par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005, zie hierover: J. Springelkamp, *Kostenverhogend of onvoorzien: een groot verschil of is dát te overzien? Een onderzoek naar de toepassingskaders van par. 47 UAV 2012 en par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005*, Den Haag: IBR 2022, par. 5.5.2.

⁴ RvA 18 oktober 2017, No. 35.676, BR 2018.22, p. 140-151, m.nt. G.L. Weerheim; R.G.T. Bleeker, W.J.M. Herber & B. van der Zijpp, *UAV-GC 2005. Over problemen bij het werken met geïntegreerde contracten*, Den Haag: IBR 2016, p. 23.

⁵ Toelichting op de concept UAV-GC 2020, p. 45.

¹ Jaap Springelkamp is contractmanager bij Heijmans. Hij heeft dit artikel op persoonlijke titel geschreven.

² In dat geval doet zich een 'informatierisico' voor. Zie over het informatierisico in het kader van design & construct-contracten: C.E.C. Jansen, *Totstandkoming en inhoud van design & construct-contracten voor complexe infrastructurele projecten*, Preadvies Vereniging voor Bouwrecht Nr. 29, Deventer: Kluwer 2001, p. 139-143; C.E.C. Jansen, *Herbezinning op de aanbesteding en realisatie van geïntegreerde bouwprojecten*, Den Haag: IBR 2021, o.a. in par. 1.3.4 en 1.4.

UAV 2012 en de rechtspraak over die bepaling.⁶ Maar wijkt de tekst van par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020 zo veel af van de rechtspraak over par. 29 lid 3 UAV 2012? En sluit de tekst van par. 29 lid 3 UAV 2012 zelf eigenlijk wel aan bij de rechtspraak over die bepaling?

In deze bijdrage laat ik aan de hand van een uitgebreide analyse van de jurisprudentie zien dat de tekst van par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020 juist aansluit bij de toepassing van par. 29 lid 3 UAV 2012 in de rechtspraak, terwijl dat niet kan worden gezegd van de tekst van par. 29 lid 3 UAV 2012 zelf.⁷ Dat doe ik door specifiek in te gaan op de wijze waarop in de jurisprudentie wordt omgegaan met de volgende aspecten: de verstrekte informatie (par. 2), de wijze van het vaststellen van de redelijkerwijs te verwachten toestand (par. 3), de zorgvuldigheidsverplichting van de aannemer en de bagatelregeling (par. 4) en de onderzoeks- en waarschuwingsplicht van de aannemer en mededelingsplicht van de opdrachtgever (par. 5). In par. 6 laat ik zien dat (ondanks dat uit par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020 geen zwaardere bewijslast volgt dan uit par. 29 lid 3 UAV 2012) er in de concept UAV-GC 2020 wel een zwaardere bewijslast is ontstaan voor de gevallen die zijn beschreven in par. 13 lid 3 t/m 7 UAV-GC 2005. Tot slot sluit ik in par. 7 af met een conclusie.

2. De verstrekte informatie

De tekst van par. 29 lid 3 UAV 2012 heeft niet altijd geluid zoals zij nu luidt: de niet beschreven toestand in een overeenkomst is pas in 1989 aan par. 29 lid 3 toegevoegd.⁸ De huidige tekst van par. 29 lid 3 UAV 2012 is gelijk aan die van de UAV 1989 en gaat ervan uit dat de toestand is beschreven óf geheel ontbreekt. De rechtspraak laat een genuanceerder beeld zien. Naast de gevallen waarbij *volledige informatie* (par. 2.1) of *geen informatie* (par. 2.2) is verstrekt, kan ook *onvolledige informatie* (par. 2.3) zijn verstrekt.

2.1 Volledige informatie

De verstrekte informatie kan een *volledig beeld* geven, terwijl de toestand na het sluiten van de overeenkomst toch anders blijkt. Bijvoorbeeld: in de overeenkomst is beschreven dat tussen te verwijderen asfalt en klinkers een laagje zand aanwezig

is; dat ontbreekt waardoor de klinkers niet schoon maar bedekt zijn met bitumen.⁹ Ook kan het zijn dat de opdrachtgever informatie over de bestaande toestand heeft verstrekt, maar deze toestand nadien is veranderd. Dit laatste was het geval in een zaak waarbij de opdrachtgever zelf nog klei had ontgraven en onvoldoende had aangevuld, waardoor de aannemer meer zand nodig had dan verwacht.¹⁰

Als de toestand is beschreven, wil dat niet zonder meer zeggen dat een aannemer daarvan uit mag gaan. Als historische gegevens een verandering van de toestand over een langere periode laten zien, bijvoorbeeld een toename van aanwezig slib, dan behoort de aannemer rekening te houden met een verdere verandering in lijn met deze historische gegevens.¹¹

Ook kan het zijn dat de verstrekte informatie volledig lijkt te zijn, maar tijdens de uitvoering blijkt dat deze toch niet volledig was. Dat kan het geval zijn als in een overeenkomst geen of enkele specifieke verontreinigingen of obstakels zijn beschreven en tijdens de uitvoering (meer of andere) verontreinigingen of obstakels aanwezig blijken. Een dergelijke overeenkomst moet worden gelezen als een overeenkomst die een grondgesteldheid aanduidt zonder deze verontreiniging of obstakels.¹²

2.2 Informatie was onvolledig

Ook kan zich het geval voordoen waarbij op voorhand bekend is dat de door de opdrachtgever ter beschikking gestelde informatie onvolledig is. Zo had een opdrachtgever slechts twee bruikbare monsters ter beschikking gesteld, op basis waarvan de aannemer voor zijn aanbieding een gemiddelde residuwaarde had vastgesteld. De aannemer trof uiteindelijk een hogere residuwaarde aan. Volgens de opdrachtgever mocht de aannemer voor zijn aanbieding niet uitgaan van een gemiddelde waarde, maar moest hij er rekening mee houden dat de residuwaarde 11,2%, maar ook 22,1% kon zijn. De arbiters gingen daar niet in mee. Volgens de Raad van Arbitrage gaat het in het kader van de redelijkerwijs te verwachten toestand niet om de vraag of informatie een 'representatief' beeld geeft, maar mag de aannemer voor de prijsvorming uitgaan van de onvolledige informatie als daaruit bijvoorbeeld een gemiddelde kan worden afgeleid.¹³

Als een aannemer verzuimt om tijdig de noodzakelijke informatie in te winnen, komen de kosten als gevolg van het te laat inwinnen wel voor zijn

⁶ E.M. Bruggeman en A.G.J. van Wassenaer, 'Verslag Expertmeeting Herziening UAV-GC - 15 maart 2021', *TBR* 2021/54, p. 382-407 op p. 385.

⁷ Ik heb 85 uitspraken over de toepassing van par. 29 lid 3 UAV 1968/1989/2012 gevonden en geanalyseerd, 43 daarvan zijn verwerkt in dit artikel en terug te vinden in de noten.

⁸ In de rechtspraak over par. 29 lid 3 UAV 1968 werd deze bepaling overigens ook al toegepast voor de situaties waarin geen informatie was verstrekt. Zie hierover: RvA 14 oktober 1974, No. 6843, *BR* 1975, p. 115; RvA 12 januari 1989, No. 12.401, *BR* 1989, p. 303.

⁹ RvA 22 december 2008, No. 28.935.

¹⁰ RvA 14 januari 2010, No. 30.697.

¹¹ RvA 3 augustus 2011, No. 32.584.

¹² RvA 12 februari 1988, No. 12.615, *BR* 1988, p. 314; RvA 24 maart 2010, No. 30.785; RvA 8 februari 2016, No. 71.945.

¹³ RvA 3 februari 2015, No. 71.940, *TBR* 2015/67, p. 407, m.gastnt. W.J.M. Herber.

rekening. Een aannemer had op basis van twee verstrekte grondboringen gekozen voor de inzet van een profielzuiger, terwijl hij wist dat twee grondboringen onvoldoende waren om de bodemgesteldheid vast te stellen. Tijdens de werkzaamheden bleek het zandpakket harder dan verwacht, met tijdverlies en storingen tot gevolg. Nadat de aannemer de opdrachtgever had verzocht om extra boringen, bleek dat het werk met een duurder cutterzuiger had moeten worden uitgevoerd om het werk binnen de toegestane werkperiode te kunnen voltooien. De vertraging en verhoging van productiekosten als gevolg van het te laat vragen om aanvullende boringen, kwamen voor rekening van de aannemer. Vanwege het verstrijken van de toegestane werkperiode heeft de opdrachtgever alsnog de inzet van een cutterzuiger geëist. Omdat de korte bouwtydbepaling was toe te rekenen aan de opdrachtgever, kwamen deze kosten voor rekening van de opdrachtgever.¹⁴ Een begrijpelijke beslissing nu deze extra kosten niet het gevolg zijn van het niet tijdig in (laten) winnen van aanvullende grondboringen.

Een aannemer die zich erop beriep dat een bijlage met bodemprofielen en sonderingen ontbrak, terwijl daar in het bestek duidelijk naar werd verwezen, kwam er minder goed vanaf. De aannemer trof een natter werkterrein aan dan verwacht, maar had dat kunnen weten als hij wel in bezit was van de ontbrekende informatie. Hij had nagelaten deze informatie tijdens de aanbestedingsfase op te vragen, daarom mocht de opdrachtgever erop vertrouwen dat de door hem verstrekte informatie volledig was. Voor de beoordeling van het geschil zijn de arbiters ervan uitgegaan dat deze bijlage deel uitmaakt van het bestek en het bestek dus voldoende gegevens bevatte om de werkelijke toestand van het terrein vast te stellen.¹⁵ Hoewel de Raad van Arbitrage dit niet overweegt, ging het in deze zaak volgens mij niet zozeer om de onvolledigheid van de informatie *an sich*, maar om een kennelijke fout in de aanbestedingsdocumenten waar de aannemer tijdens de aanbestedingsfase voor had moeten waarschuwen.

2.3 Geen informatie

De situatie waarbij voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst over een bepaalde toestand

geen enkele informatie was verstrekt, ben ik in door mij onderzochte jurisprudentie niet vaak tegengekomen.¹⁶ Voor zover het gaat om het ontbreken van informatie over aanwezigheid van verontreinigingen of obstakels, leidt dat niet tot problemen. Een overeenkomst die geen melding maakt van (bepaalde) verontreinigingen of obstakels wordt namelijk gezien als een overeenkomst die aangeeft dat (die) verontreinigingen of obstakels niet aanwezig zullen zijn.¹⁷ Als blijkt dat er (meer) obstakels of verontreinigingen aanwezig zijn, dan is sprake van onjuiste informatie.¹⁸ Dat is lijn met jurisprudentie over par. 3 lid 2 UAV-GC 2005 waaruit volgt dat de informatie wordt gezien als 'onjuiste informatie' als redelijkerwijs de indruk is gewekt dat informatie volledig zou zijn, terwijl dat feitelijk niet het geval is.¹⁹

Het gebrek aan (specifieke) informatie kan problematisch zijn als deze nodig is voor het bepalen van een werkwijze of het maken van het ontwerp. Informatie over de bodem is vaak noodzakelijk om een ontwerp of aanbieding te kunnen maken. Als tijdens de aanbesteding onvoldoende sonderingen zijn verstrekt voor het maken van een deugdelijk ontwerp, kunnen de verstrekte sonderingen wel worden gebruikt voor het maken van een aanbidding.²⁰ Maar dat is onmogelijk als er geen enkele sondering beschikbaar is.

In de Toelichting op de concept UAV-GC 2020 is hierover geschreven dat een inschrijver ook uit mag gaan van (niet) openbaar verkrijgbare informatie over de bestaande toestand als deze informatie voldoende betrouwbaar is om als basis te dienen voor zijn inschattingen. Als dat niet mogelijk is, kan de inschrijver in beginsel nog zelf bepaalde informatie inwinnen, maar die mogelijkheid is beperkter in een aanbestedingsprocedure. Als het niet mogelijk is om zelf informatie in te winnen of om betrouwbare informatie uit openbare bronnen te halen, zal de inschrijver volgens de opstellers van de concept UAV-GC 2020 aan de opdrachtgever kenbaar moeten maken dat hij zich wat betreft de feitelijke toestand op aannames moet baseren.²¹

¹⁶ Dit komt waarschijnlijk doordat vaak sprake is van een 'bestek' waarin de werkzaamheden op detailniveau zijn beschreven. Daarnaast volgt o.a. uit RvA 18 november 2008, No. 29.177, r.o. 10 en RvA 3 februari 2015, No. 71.940, r.o. 21 dat een opdrachtgever bij toepassing van de RAW-systematiek gehouden is om alle resultaatsverplichtingen en kostenbeïnvloedende factoren in het bestek op te nemen. Zie hierover ook: M.A.B. Chao-Duivis, 'Commentaar op paragraaf 29 UAV 2012', in: *T&C Bouwrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2022).

¹⁷ RvA 12 februari 1988, No. 12.615, *BR* 1988, p. 314; RvA 24 maart 2010, No. 30.785; RvA 8 februari 2016, No. 71.945; zie hierover ook par. 2.1.

¹⁸ RvA 2 november 2022, No. 37.154, r.o. 163.

¹⁹ RvA 6 november 2019, No. 36.364, *TBR* 2020/157, p. 1049, m.nt. G.L. Weerheim, r.o. 14; Rb. Den Haag 1 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5929, r.o. 4.5.

²⁰ RvA 3 februari 2015, No. 71.940, *TBR* 2015/67, p. 407, m.gastnt. W.J.M. Herber; zie hierover ook par. 2.2.

²¹ Toelichting op de concept UAV-GC 2020, p. 46.

¹⁴ RvA 8 september 1993, No. 15.484, *BR* 1994/761.

¹⁵ RvA 25 maart 2004, No. 24.553, *BR* 2005/39, p. 147.

Het lijkt mij niet de oplossing dat een inschrijver tijdens de aanbestedingsfase zelf sonderingen doet of ander onderzoek verricht dan een visuele inspectie. Een bodemopbouw is vaak grillig en iedere sondering laat waarschijnlijk een (iets) ander beeld zien, waardoor een ongelijk speelveld tussen de inschrijvers ontstaat. Mede gelet daarop verdient het de voorkeur dat de opdrachtgever op zijn minst informatie over de bestaande toestand verstrekt op basis waarvan een (vergelijkbare) aanbidding kan worden gemaakt.

Het is ook mogelijk dat informatie nodig is, die praktisch gezien niet eenvoudig is in te winnen maar waarvan partijen op voorhand op basis van kennis en ervaring wel een goed beeld behoren te hebben.²² Zo is het voor een baggerbedrijf een feit van algemene bekendheid dat binnen de bebouwde kom meer puin en rommel kan worden aangetroffen dan buiten de bebouwde kom, en dat in water van 0,6 tot hooguit 2,0 meter diep (veel) waterlelies kunnen voorkomen.²³

2.4 Tussenconclusie

Uit de tekst van par. 29 lid 3 UAV 2012 volgen twee opties: de verstrekte informatie is volledig of er is geen informatie verstrekt. In deze tekst ontbreekt het hiervoor beschreven geval waarin er wel informatie is verstrekt, maar deze *onvolledig* is. Daar waar par. 29 lid 3 UAV 2012 enkel uitgaat van geen of voldoende informatie, spreekt par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020 ook over de situatie waarin *onvolledige* informatie is verstrekt. De tekst van par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020 sluit daarmee naadloos aan bij de gevaltypen die in de rechtspraak over par. 29 lid 3 UAV 2012 worden onderscheiden.

3. De redelijkerwijs te verwachten toestand

De tekst van par. 29 lid 3 UAV 2012 zegt niet op basis van welke gezichtspunten in een concreet geval moet worden beoordeeld of een aannemer een bepaalde toestand 'redelijkerwijs had mogen verwachten'. Een analyse van de jurisprudentie leert dat deze verwachting onder andere kan volgen uit de aard, de inhoud of totstandkoming van de overeenkomst of de aard van het werk.

3.1 De aard van de overeenkomst

Als sprake is van een bestek op basis van de *RAW-systematiek* mag de aannemer ervan uitgaan dat alle resultaatsverplichtingen en kostenbeïnvloedende factoren in het bestek zijn opgenomen. Het uitgangspunt is dat de aannemer op basis van de beschrijving in het bestek zijn werk mag calculeren.²⁴

Als in een bestek *verrekenbare hoeveelheden* zijn genoemd, mag de aannemer van die hoeveelheden uitgaan voor zijn aanbidding. Als de daadwerkelijke hoeveelheden afwijken van de beschreven hoeveelheden, komt de aannemer op grond van par. 39 UAV 2012 voor vergoeding in aanmerking.²⁵ Deze verrekening valt niet onder het toepassingsbereik van par. 29 lid 3 UAV 2012 want dat ziet op de tijdens de uitvoering blijvende toestand van 'bestaande gebouwen, werken en terreinen' en het *nog uit te voeren werk* valt daar niet onder.²⁶

In een *prestatiebestek* zijn geen hoeveelheden genoemd, maar enkel het te leveren eindresultaat. De aard van de overeenkomst brengt met zich mee dat een aannemer zelf de uit te voeren hoeveelheden vast moet stellen. Voor zover het gaat om hoeveelheden die in de loop van de tijd kunnen veranderen, kan dat met zich meebrengen dat op basis van historische gegevens rekening moet worden gehouden met een toename van hoeveelheden. Denk bijvoorbeeld aan een toename van aanwezig slib.²⁷ De aard van een dergelijke overeenkomst brengt dus met zich mee dat de aannemer niet eenvoudig de genoemde hoeveelheden kan aanhouden, maar zelf de informatie moet interpreteren om deze vast te stellen.

Als de overeenkomst een *ontwerpcomponent* bevat, wordt van een aannemer ook verwacht dat hij met het oog op die verplichting de informatie bestudeert en de te verwachten toestand vaststelt. Een aannemer moest zelf de benodigde lengte van de aan te brengen groutankers vaststellen. Tijdens het aanbrengen bleken deze te weinig trekkracht

²⁴ Chao-Duivis, in: *T&C Bouwrecht*, par. 29 UAV 2012 (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2022); RvA 18 november 2008, No. 29.177; RvA 3 februari 2015, No. 71.940; Volgens Herber hoort de opdrachtgever de kostenbeïnvloedende factoren ook te benoemen bij overeenkomsten die niet zijn gebaseerd op de RAW-systematiek, zie hierover verder in par. 5.3 en W.J.M. Herber, 'Informatieverstreking in de UAV-GC 2005 en concept UAV-GC'; *TBR* 2021/71, p. 518-520

²⁵ Een bepaling waaruit volgt dat hoeveelheden kunnen afwijken en er geen verrekening plaatsvindt ter zake van de te verwerken hoeveelheden, sluit de toepassing van par. 29 lid 3 UAV 2012 niet uit. Zie hierover: RvA 31 augustus 2007, No. 28.049; RvA 14 januari 2010, No. 30.697; RvA 9 mei 2011, No. 71.541.

²⁶ RvA 1 september 1994, No. 16.107; deze aannemer deed een beroep op par. 29 lid 3 UAV 1968 omdat par. 39 lid 2 UAV 1968 was uitgesloten. Dat had tot gevolg dat de aannemer niet de mogelijkheid had zijn verrekenprijzen aan te passen naar aanleiding van de overschrijding van de bestekspost met meer dan 10%.

²⁷ RvA 3 augustus 2011, No. 32.594.

²² Op p. 46 van de Toelichting op de concept UAV-GC 2020 staat daarover geschreven dat het mede van belang kan zijn of de opdrachtnemer zelf over bijzondere kennis en expertise over de bestaande toestand beschikt.

²³ RvA 1 oktober 2002, No. 23.299, *BR* 2003/165, p. 710; RvA 1 december 2008, No. 28.406; een bijzonder informatief overzicht met feiten van algemene bekendheid is te vinden in: S.J.H. Rutten, 'Voor een wasdroger is een stroomvoorziening nodig', in: M.A.B. Chao-Duivis, J.M. Hebly & J. Blom, *Van het gebaande pad. Opstellen aangeboden aan mr. A.G.J. van Wassenaer*, Den Haag: IBR 2016.

te hebben, waardoor langere groutankers moesten worden aangebracht. Volgens de rechtbank had een professionele en gespecialiseerde onderaannemer er rekening mee moeten houden dat grondlagen van gelijksoortige samenstelling op verschillende locaties niet zonder meer dezelfde eigenschappen hebben en de eigenschappen van die locaties in de praktijk af kunnen wijken van wat men op voorhand had verwacht op basis van beschikbare informatie.²⁸

3.2 De inhoud van de overeenkomst

De inhoud van de overeenkomst kan een expliciete aanduiding geven van de toestand van bestaande gebouwen, werken en terreinen, maar kan – als zo'n aanduiding ontbreekt – ook aanknopingspunten geven voor de redelijkerwijs te verwachten toestand. De overeenkomst kan worden uitgelegd aan de hand van de gangbare uitlegmaatstaven. Als de overeenkomst tot stand is gekomen na een aanbesteding, moet in ieder geval uit worden gegaan van een geobjectiveerde uitleg.²⁹

Voor de uitleg van de overeenkomst, kan worden aangeknoopt bij de verwachting die de opdrachtgever zelf had. Een aannemer die een watergang moest baggeren, verwachtte op grond van het bestek dat hij een min of meer regelmatige laag moest wegbaggeren maar trof veel bulten en gaten aan. De opdrachtgever ging bij het opstellen van het bestek ook niet uit van de aanwezigheid van bulten en het bestek maakte er dan ook geen melding van. Beide partijen waren dus uitgegaan van een andere toestand dan aangetroffen.³⁰

Soms moet van het ergste worden uitgegaan. Als geen gegevens zijn overgelegd van de waterstanden in een riool, moet uit worden gegaan van de toestand waarbij het water in het riool op het maximale niveau kan komen te staan.³¹ Dit lijkt mij geen standaardregel, want als een aannemer altijd uitgaat van het ergste geval zal de opdrachtgever in de regel te veel betalen en is de aannemer niet concurrerend.

De overeenkomst kan ook worden uitgelegd aan de hand van een *a contrario* redenering. Als bij-

voorbeeld in de overeenkomst is beschreven dat vrijkomende materialen op het terrein mogen worden opgeslagen, mag een aannemer er in beginsel vanuit gaan dat de vrijkomende materialen niet verontreinigd zijn.³² Deze redenering wordt soms ook door de opdrachtgever toegepast. Uit de dikte van een te verwijderen sliblaag van bijna 2 meter had een aannemer volgens arbiters kunnen opmaken dat het kanaal jarenlang niet was uitgebaggerd en er in al die jaren klein vuil in het water was gekomen.³³ Een *a contrario* redenering slaagt niet altijd. Als een opdrachtgever een bepaalde werkwijze voor het aanbrengen van palen heeft voorgeschreven, waarbij een verbod geldt voor het binnen 24 uur aanbrengen van een paal binnen een afstand van twee meter, kan daaruit niet worden afgeleid dat de opdrachtgever ook instaat voor iedere andere werkwijze die dit verbod respecteert.³⁴

3.3 De wijze van totstandkoming van de overeenkomst

De wijze van totstandkoming van de overeenkomst kan niet alleen relevant zijn voor uitleg van de overeenkomst,³⁵ maar ook voor de mate waarin een aannemer onderzoek moet verrichten. In de UAV 1968 bevatte par. 29 lid 3 nog niet de tekst dat de aannemer uit mag gaan van de redelijkerwijs te verwachten toestand als de toestand niet is beschreven. Het vertrekpunt was dat als duidelijk was dat de gegevens niet volledig waren en de aannemer een verkeerde inschatting had gemaakt ten aanzien van de te verwachten toestand, geen sprake was van een afwijking tussen de werkelijke en aangeduide toestand maar van een 'foute inschatting' van de aannemer.³⁶ Het voorgaande risico kwam in de rechtspraak over par. 29 lid 3 UAV 1968 niet altijd voor rekening van de aannemer. In 1984 overwoog de Raad van Arbitrage dat als de opdrachtgever het werk over een lange periode heeft voorbereid, terwijl de aannemer slechts enkele weken de gelegenheid heeft gekregen voor een aanbidding, het ongebruikelijk is om van de aannemer te eisen om *tijdens de aanbesteding* (aanvullend) bodemonderzoek te verrichten. Volgens de arbiters lag het in deze zaak op de weg van de opdrachtgever om aanvullende grondboringen te verrichten, voor zover deze nodig zouden zijn om een juiste grondbalans op te stellen.³⁷

Een aannemer die *na gunning* – in afwijking van de Standaard RAW – de hoeveelheden van het bestek in het werk moest controleren en accorderen

²⁸ Rb. Rotterdam 19 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX8536.

²⁹ C.E.C. Jansen, 'Uitleg van overeenkomsten die na een aanbestedingsprocedure tot stand zijn gekomen', *TBR* 2011/41, p. 200-211; C.E.C. Jansen, 'De betekenis van het aanbestedingsrecht voor de uitleg van overeenkomsten', in: A.G. Castermans, M. IJsebrands, B. Krans & M. Van Rijen, *Parels aan de kroon: Het bouw- en aanbestedingsrecht en het familievermogensrecht op de bogen van het 30-jarige BW. Opstellen aangeboden aan Jan-Michiel Hebly en Tea Mellema-Kranenburg*, Deventer: Kluwer 2022, p. 91-100.

³⁰ RvA 9 februari 2006, No. 26.441 (eerste aanleg); RvA 16 augustus 2007, No. 71.126 (hoger beroep); in hoger beroep slaagde het beroep op par. 29 lid 3 UAV 1989 niet omdat niet vast is komen te staan dat de aannemer meer baggerwerk heeft moeten uitvoeren dan aanvankelijk voorzien.

³¹ RvA 24 maart 2021, No. 36.833.

³² RvA 4 oktober 2011, No. 31.772.

³³ RvA 4 augustus 1995, No. 18.061.

³⁴ RvA 6 juni 2007, No. 27.377.

³⁵ Jansen, *TBR* 2011/41, p. 200-211; Jansen 2022, p. 91-100.

³⁶ RvA 2 januari 1990, No. 13.426, *BR* 1990, p. 402; RvA 17 november 1992, No. 15.185, *BR* 1993/326.

³⁷ RvA 15 maart 1984, No. 10.131, *BR* 1984, p. 850; zie in dezelfde strekking ook: RvA 20 oktober 2009, No. 71.292 en 71.294.

om vervolgens het risico op mee- en tegenvallers over te nemen, trof tijdens de uitvoering onverwachts schuimslakken aan. Deze waren noch in het bestek noch op de tekeningen aangegeven. Volgens de opdrachtgever had de aannemer de schuimslakken tijdens voornoemde controle moeten ontdekken. De schuimslakken konden alleen worden ontdekt als tijdens de controlewerkzaamheden boringen zouden zijn verricht. Volgens de arbiters valt dat niet onder de verplichting om in het werk controlewerkzaamheden te verrichten. Voor zover de aannemer het risico op mee- en tegenvallers over zou hebben genomen, ziet dat volgens de arbiters niet op afwijkingen die alleen te ontdekken zijn met boringen.³⁸

3.4 De inhoud en/of wijze van totstandkoming van de overeenkomst wijkt af van het klassieke geval

Het voorgaande lijkt mij slechts anders als de inhoud en/of de wijze van totstandkoming van de overeenkomst afwijkt van het klassieke geval. Dit was het geval in een zaak waarin de aannemer (in de hoedanigheid van adviseur) in opdracht van de opdrachtgever een bodemonderzoek had verricht om in opdracht van de opdrachtgever een bestek op te stellen voor een aanbesteding. De aannemer had de vrije hand in wat moest worden onderzocht en hoe dat onderzoek zou plaatsvinden. De opdrachtgever was bereid de opdracht niet aan te besteden maar aan de aannemer te gunnen. Omdat de opdrachtgever aangaf geen financiële verassingen te willen, 'garandeerde' de aannemer dat het project binnen budget en planning zou worden gerealiseerd en de sanering uitgevoerd volgens de uitgangspunten van het bestek. Volgens de arbiters was daarom geen sprake van een RAW-bestek in gebruikelijke zin. De opdrachtgever mocht erop vertrouwen dat de aannemer *alle* verontreinigingen voor de aangeboden prijs zou gaan verwijderen. Als de aannemer een voorbehoud had willen maken voor onbekende verontreinigingen, lag het op zijn weg om dat te doen.³⁹

3.5 De aard van het werk

Voor het vaststellen van de redelijkerwijs te verwachten toestand kan ook de aard van het werk relevant zijn. In een zaak over vuil in een te baggeren kanaal werd overwogen dat een deskundige baggeraar had kunnen en moeten weten dat een kanaal met aan weerszijden industrie en dat al jaren niet was uitgebaggerd, allerhande soorten vuil bevatte. Dat het kanaal lange tijd niet is uitgebaggerd, hoeft niet te zijn omschreven, maar kan ook blijken uit het feit dat een zeer dikke sliblaag moet worden

verwijderd. De aard van het werk brengt niet met zich mee dat al het aangetroffen vuil voor rekening en risico van de aannemer komt, maar wel dat rekening moet worden gehouden met meer stagnaties door klein vuil dan gemiddeld optreedt bij het uitbaggeren van 'doorsnee' kanalen.⁴⁰

3.6 Tussenconclusie

Als de verschillen tussen enerzijds de tijdens de uitvoering blijkende toestand en anderzijds de toestand die uit het bestek blijkt, of die de aannemer redelijkerwijs mocht verwachten, zodanig zijn dat deze redelijkerwijs niet voor rekening van de aannemer komen, heeft de aannemer op grond van par. 29 lid 3 UAV 2012 recht op vergoeding. Hoe de redelijkerwijs te verwachten toestand kan worden vastgesteld, volgt niet uit de tekst van par. 29 lid 3 UAV 2012, maar wel uit de jurisprudentie. Uit de jurisprudentie over par. 29 lid 3 UAV 2012 volgt dat de redelijkerwijs te verwachten toestand onder andere kan worden vastgesteld aan de hand van de aard, de inhoud of totstandkoming van de overeenkomst of de aard van het werk en dat is ook wat de tekst van par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020 aangeeft.

4. De zorgvuldigheidsverplichtingen van de aannemer en de bagatelregeling

Uit de voorgaande paragraaf blijkt dat de redelijkerwijs te verwachten toestand kan blijken uit de aard, de inhoud of totstandkoming van de overeenkomst of de aard van het werk. Voor de toepassing van par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020 gaat het volgens de tekst van die bepaling om wat een *zorgvuldig* aannemer mag verwachten op basis van deze gezichtspunten. Dat het woord 'zorgvuldig' ontbreekt in par. 29 lid 3 UAV 2012 wil niet zeggen dat de aannemer van een UAV-contract niet zorgvuldig hoeft te zijn.

In een uitspraak uit 2014 geeft de Raad van Arbitrage duidelijk aan dat het bij de toepassing van par. 29 lid 3 UAV 2012 gaat om de toestand in objectieve zin zoals een 'redelijk bekwaam en *zorgvuldig* aannemer' die, gelet op de hem ten tijde van de inschrijving kenbare gegevens, geacht moet worden te hebben ingeschat.⁴¹ In par. 4.2 laat ik zien dat de benodigde zorgvuldigheid van de aannemer ook volgt uit andere jurisprudentie over de toepassing van par. 29 lid 3 UAV 2012.⁴² Dat doe ik aan de hand van het in par. 4.1 geschetste beoordelings-

³⁸ RvA 12 november 2003, No. 23.978 (eerste aanleg); RvA 19 juli 2005, No. 70.848 (hoger beroep).

³⁹ RvA 24 april 2014, No. 34.451 (eerste aanleg); RvA 26 februari 2015, No. 71.960 (hoger beroep).

⁴⁰ RvA 4 augustus 1995, No. 18.061.

⁴¹ RvA 17 september 2014, No. 71.896; Chao-Duivis, in: *T&C Bouwrecht*, par. 29 UAV 2012 (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2022).

⁴² Dat een aannemer zorgvuldig te werk moet gaan is overigens ook terug te lezen in de literatuur, zie hierover: M.A.M.C. van den Berg, 'Bouwcontracten', in: M.A.B. Chao-Duivis & A.G. Bregman (red.), *Bouwrecht in kort bestek*, Den Haag: IBR 2016, p. 133.

kader van par. 29 lid 3 en par. 3 lid 3 en 4 concept UAV-GC 2020.

4.1 Het beoordelingskader van par. 29 lid 3 UAV 2012 en par. 3 lid 3 en 4 concept UAV-GC 2020

Par. 29 lid 3 UAV 2012 en par. 3 lid 3 en 4 concept UAV-GC 2020 maken een onderscheid in (i) het (zorgvuldig) vaststellen van de redelijkerwijs te verwachten toestand en, als de tijdens de realisatie blijkende toestand daarvan afwijkt, (ii) de beoordeling of de gevolgen van zodanige aard zijn dat deze redelijkerwijs voor vergoeding in aanmerking komen. Volgens de Toelichting op de concept UAV-GC 2020 gaat het bij deze laatst genoemde beoordeling om een *bagatelregeling* die is geënt op de slotwoorden van par. 29 lid 3 UAV 2012 eerste volzin.⁴³

Par. 4 lid 4 (jo. lid 1) concept UAV-GC 2020 voegt daar aan toe dat de aannemer zijn werkzaamheden moet *afstemmen* op de tijdens de realisatie blijkende toestand.⁴⁴ Volgens de Toelichting op de UAV-GC 2020 heeft (iii) die afstemmingsverplichting de strekking van een *zorgvuldigheidsverplichting* in het geval door de opdrachtgever geen dan wel onvolledige informatie ter beschikking is gesteld.⁴⁵ Het gaat dus om (i) het zorgvuldig vaststellen van de redelijkerwijs te verwachten toestand dan wel (iii) het zorgvuldig afstemmen van de werkzaamheden op de aan te treffen toestand als over die toestand geen of onvoldoende informatie ter beschikking is gesteld. De Toelichting op de concept UAV-GC 2020 is hierover niet duidelijk, maar de zorgvuldigheidsverplichting waarover in de Toelichting op par. 4 lid 4 concept UAV-GC 2020 wordt gesproken is *niet* een andere zorgvuldigheidsverplichting dan die van par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020.⁴⁶

De verplichting om werkzaamheden zorgvuldig af te stemmen op de tijdens de realisatie blijkende toestand is niet beschreven in de UAV 2012, maar volgt wel uit de hierna beschreven jurisprudentie over par. 29 lid 3 UAV 2012. In par. 4.2 laat ik op basis van de jurisprudentie over de toepassing van par. 29 lid 3 UAV 2012 eerst zien dat (i) het zorgvuldig vaststellen van de redelijkerwijs te verwacht-

ten toestand op hetzelfde neerkomt als (iii) het zorgvuldig afstemmen van de werkzaamheden op de aan te treffen toestand als over die toestand geen of onvoldoende informatie is verstrekt. Vervolgens laat ik in par. 4.3 zien hoe (ii) de bagatelregeling zich verhoudt tot deze zorgvuldigheidsnorm.

4.2 Een zorgvuldig (i) vastgestelde toestand of (iii) afstemming van de werkzaamheden

Een aannemer die de vrije keuze heeft bij het bepalen van het benodigde vermogen van het materieel, moet daarbij volgens de Raad van Arbitrage niet op het randje gaan zitten. Als voor het trekken van een *casing* uit het handboek CUR 166 de inzet van een heiblok met een moment van 602 Nm volgt, dan is het niet voldoende om uit te gaan van een heiblok met een moment van 600 Nm. Uitgaande van een niet altijd te behalen rendement had deze aannemer volgens de arbiters geen enkele *marge* ingebouwd.⁴⁷

In een ander, soortgelijk geval overwoog de rechtbank dat een professionele en gespecialiseerde onderaannemer rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat grondlagen van gelijksoortige samenstelling op verschillende locaties niet zonder meer dezelfde eigenschappen hebben. De onderaannemer had een bepaalde mate van afwijkingen moeten voorzien ten opzichte van de beschikbare informatie. Omdat de onderaannemer bij het vaststellen van de te verwachten toestand geen rekening had gehouden met een dergelijke marge, slaagt het beroep op par. 29 lid 3 UAV 2012 niet.⁴⁸

De Raad van Arbitrage gaat in op het zorgvuldig afstemmen van het benodigde materieel op de te verwachten toestand, terwijl de rechtbank ingaat op het zorgvuldig vaststellen van de te verwachten toestand. Per saldo komt dat op hetzelfde neer. Als bij de keuze voor het materieel of van de lengte van een groutanker enige marge wordt aangehouden, kunnen daarmee afwijkingen in de aan te treffen toestand worden opgevangen. En andersom, als bij de keuze van het materieel of ontwerp ermee rekening wordt gehouden dat de aan te treffen toestand kan tegenvallen, kunnen tegenvallers eveneens worden opgevangen zonder de inzet van zwaarder materieel of het ontwerp te moeten aanpassen.

In deze gevallen ging het dus om het zorgvuldig vaststellen van de toestand óf het zorgvuldig kie-

⁴³ Toelichting op de concept UAV-GC 2020, p. 47.

⁴⁴ Een dergelijke verplichting is niet nieuw. Uit par. 13 lid 1 UAV-GC 2005 volgde al dat de aannemer zijn werkzaamheden moet afstemmen op de bodemgesteldheid. Deze verplichting is in par. 4 lid 4 concept UAV-GC 2020 verbreed en ziet blijkens p. 50-51 van de Toelichting op de concept UAV-GC 2020 op *alle* voor de realisatie van het Werk relevante omgevingsfactoren.

⁴⁵ Toelichting op de concept UAV-GC 2020, p. 45.

⁴⁶ Op p. 45 van de Toelichting op de concept UAV-GC 2020 staat dat par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020 zorgt voor de begrenzing van par. 4 lid 4 concept UAV-GC 2020. Op p. 51 van de Toelichting op de concept UAV-GC 2020 wordt voor eventuele verantwoordelijkheidsvragen in het kader van par. 4 lid 4 concept UAV-GC 2020 verwezen naar par. 3 lid 2 t/m 4 concept UAV-GC 2020.

⁴⁷ RvA 6 juni 2007, No. 27.377; zie in dit kader ook de volgende uitspraak waarin is overwogen dat de door de aannemer gekozen pompcapaciteit tenminste als 'kritisch' kan worden gekwalificeerd: RvA 18 juli 2007, No. 27.468.

⁴⁸ Rb. Rotterdam 19 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX8536; zie hierover ook: RvA 26 augustus 2009, No. 29.741, waarin ten aanzien van obstakels waarvan de aanwezigheid bekend was maar die op een iets andere locatie werden aangetroffen werd overwogen dat de aannemer wat betreft de locatie met enig marge rekening had moeten houden.

zen van het benodigd materieel. *Voor zover* het materieel zwaarder of bijvoorbeeld het groutanker langer moet zijn dan op grond van het voorgaande redelijkerwijs mocht worden verwacht, kan de aannemer voor vergoeding in aanmerking komen. Dit wordt goed geïllustreerd in de volgende zaak.

Een opdrachtgever had in een bestek beschreven dat een te verwijderen funderingslaag een dikte zou hebben van 300 mm en groter. In de NvI was vervolgens aangegeven dat de gemiddelde dikte zou blijken uit de verstrekte boringen. Deze boringen lieten een dikte zien van 50 tot 800 mm, met een gemiddelde dikte van 280 mm. De aannemer heeft met een bepaalde marge rekening gehouden en is in zijn prijs uitgegaan van een gemiddelde dikte van 350 mm. In werkelijkheid trof de aannemer een gemiddelde dikte van 505 mm aan en dat was volgens arbiters dikker dan de aannemer mocht verwachten. De aannemer had recht op vergoeding *voor zover* de funderingslaag dikker was dan 350 mm.⁴⁹

De hiervoor beschreven zaken kenmerken zich door het feit dat de aannemer zelf op basis van ter beschikking gestelde informatie een aanname moest doen over de te verwachten toestand, bijvoorbeeld op basis van een gemiddelde en daar bovenop een marge. Er zijn ook situaties waarbij de aannemer geen marge hoeft aan te houden, bijvoorbeeld als de opdrachtgever expliciet een gemiddelde beschrijft. Dat was het geval in een zaak waarbij door de opdrachtgever was beschreven dat het te verwijderen asfalt een gemiddelde dikte zou hebben van 23,5 cm. De aannemer trof lokaal een dikte aan van 50 cm. Volgens de arbiters was die afwijking dusdanig dat sprake was van extra werk dat in redelijkheid *volledig* moest worden vergoed, zonder aftrek van een 'marge'.⁵⁰

4.3 De (ii) bagatelregeling

De aannemer die een asfaltconstructie met een dikte van 50 cm aantrof, kwam op vier andere locaties in het werk ook dikker asfalt tegen. Maar de dikte op die vier locaties was niet dusdanig dat de aannemer in aanmerking kwam voor vergoeding. Volgens de Raad van Arbitrage horen mee- en tegenvallers binnen een zekere marge tot het principe van een vaste prijs.⁵¹

Ik denk dat in voorgaande zaak het woord 'marge' niet geheel op zijn plaats is, maar dat eerder moet worden gesproken van een 'bagatelregeling' zoals ook beschreven in de Toelichting op de concept UAV-GC 2020.⁵² Tot een bepaalde drempel kan geen aanspraak worden gemaakt op een vergoe-

ding. Maar als die drempel is bereikt, gaat het om een volledige vergoeding. Zo kwam de aannemer in voornoemde uitspraak tot vier keer toe niet in aanmerking voor vergoeding en kreeg hij bij één afwijking een volledige vergoeding.

Het lijkt mij ook niet onredelijk om uit te gaan van een volledige vergoeding als is voldaan aan de bagateldrempel.⁵³ Het gaat immers om kosten die niet zijn begroot. Dat is anders wanneer het gaat om een marge ten behoeve van het zorgvuldig vaststellen van de te verwachten toestand of afstemmen van de werkzaamheden, die de aannemer in beginsel in zijn begroting heeft opgenomen. Het is dan logisch om pas over te gaan tot vergoeding voor zover de afwijking meer bedraagt dan een begrote marge.

In de zaak waarin de aannemer een asfaltconstructie met een dikte van 50 cm aantrof en werd getoetst aan de bagateldrempel, hoefde de aannemer - in het kader van de in par. 4.2 beschreven zorgvuldigheidsverplichting - geen rekening te houden met een marge omdat de opdrachtgever een gemiddelde had voorgeschreven. In de 84 door mij onderzochte uitspraken heb ik slechts één uitspraak gevonden waarin boven op een door de aannemer aangehouden marge (mijns inziens onterecht) óók moest zijn voldaan aan een bagateldrempel.⁵⁴ De rechtspraak lijkt ervan uit te gaan dat als in voldoende mate rekening is gehouden met een marge in het kader van de zorgvuldigheidsverplichting en die marge blijkt niet toereikend, daarmee ook is voldaan aan bagateldrempel. Dat lijkt mij ook logisch. Als de marge onvoldoende blijkt, is er al sprake van een andere toestand dan de informatie laat zien en is het onlogisch om daarbovenop nog een drempel op te werpen.

4.4 Tussenconclusie

In par. 3 lid 3 UAV-GC 2020 staat geschreven dat het gaat om hetgeen een 'zorgvuldig' aannemer mocht verwachten. Dat een aannemer zorgvuldig moet zijn, is niet beschreven in par. 29 lid 3 UAV 2012, maar volgt wel uit de hiervoor beschreven jurisprudentie. Uit par. 3 lid 4 UAV-GC 2020 volgt, evenals uit par. 29 lid 3 UAV 2012, dat een aanne-

⁵³ De Toelichting op de concept UAV-GC 2020 beschrijft in dit kader op p. 47 en 48 ook geen aftrek van kosten, maar noemt enkel dat het denkbaar is dat de kosten die zijn gemoeid met het treffen van maatregelen lager zijn dan de administratieve kosten voor de administratieve afhandeling van een compensatie en het in dat geval redelijk wordt geacht dat de aannemer de kosten van de maatregelen zelf draagt en geen aanspraak maakt op vergoeding.

⁵⁴ Rb. Rotterdam 19 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX8536; Volgens de rechter rechtvaardigt niet ieder verschil in de toestand van de grond, ten opzichte van de redelijkerwijs te verwachten toestand, een aanspraak op bijbetaling van de opdrachtgever. Een bepaalde mate van risico mag volgens de rechter verwacht worden in de aanneemsom te zijn verdisconteerd. Deze uitspraak lijkt mij niet juist, want dat risico is volgens mij al meegenomen als 'marge' bij het vaststellen van de redelijkerwijs te verwachten toestand zelf.

⁴⁹ RvA 8 april 2014, No. 33.718.

⁵⁰ RvA 12 november 2003, No. 23.978.

⁵¹ RvA 12 november 2003, No. 23.978.

⁵² Toelichting op de concept UAV-GC 2020, p. 47.

mer slechts dan voor vergoeding in aanmerking kan komen als de gevolgen van zodanige aard zijn dat deze redelijkerwijs niet voor zijn rekening dienen te komen. Deze bepalingen sluiten op dit punt op elkaar aan en dat is volgens de Toelichting op de concept UAV-GC 2020 ook beoogd.⁵⁵

5. De onderzoeks- en waarschuwingsplicht van de aannemer en mededelingsplicht van de opdrachtgever

Tijdens de expertmeeting kwam naar voren dat discussie zou kunnen ontstaan over de vraag of sprake is van een waarschuwingsplicht en hoe deze zich verhoudt tot de afstemmingsplicht van par. 4 lid 4 concept UAV-GC 2020.⁵⁶ Het antwoord op die vraag lijkt mij eenvoudig: als de opdrachtnemer tijdens de afstemming van zijn werkzaamheden een fout opmerkt in - bijvoorbeeld - de vraagspecificatie van de opdrachtgever,⁵⁷ ontstaat op dat moment een waarschuwingsplicht.⁵⁸ Waar volgens mij eerder discussie over kan ontstaan is de vraag of sprake is van een precontractuele *onderzoeksplicht* van de aannemer (par. 5.1) en hoe deze zich verhoudt tot de precontractuele *waarschuwingsplicht* van de aannemer (par. 5.2) en *mededelingsplicht* van de opdrachtgever (par. 5.3).

5.1 De onderzoeksplicht van de aannemer

Ten aanzien van de vraag of een aannemer tijdens een aanbestedingsprocedure van een UAV-contract *bodemonderzoek* moest verrichten, overwoog de Raad van Arbitrage in 1974 dat de aanwezigheid van obstakels in de ondergrond door de aannemer niet was te verwachten op basis van 'een onderzoek voor de aanneming van werk'.⁵⁹ Als geen gegevens bekend zijn over verontreinigingen of obstakels in de bodem, hoeft de aannemer op grond van de UAV zelf geen onderzoek te verrichten maar mag hij ervan uitgaan dat de bodem geen verontreiniging(en) of obstakel(s) bevat die niet zijn genoemd in de overeenkomst.⁶⁰ Dit kan anders zijn als het gaat om eenvoudig waarneembare objecten en bekend is dat de gegevens over de bestaande toestand niet volledig zijn. Een aannemer die leidingen maakt van 'eterniet' (asbest) aantroef, deed een beroep op de hiervoor genoemde jurisprudentie over bodemverontreinigingen. Dat beroep slaagde niet. Volgens de arbiters leent een bodemverontreiniging

zich niet voor een 'eenvoudige visuele waarneming', maar de aanwezigheid van leidingen van eterniet wel.⁶¹

Het voorgaande is ook te zien in de eerder besproken zaak waarin de aannemer na gunning in het werk de hoeveelheden moest controleren, om vervolgens het risico op tegenvallers over te nemen. Na deze controle trof de aannemer schuimslakken, een dikker asfaltpakket en meer asfalt aan. Volgens de opdrachtgever had de aannemer dit behoren te ontdekken tijdens de controle. De arbiters gingen daar deels in mee. De verplichting om de hoeveelheden te controleren strekte *niet* zover dat de aannemer boringen of ander destructief onderzoek moest verrichten om de aanwezigheid van schuimslakken of de dikte van het asfaltpakket vast te stellen. Maar de aannemer had het extra asfalt wél kunnen en moesten waarnemen met een visuele inspectie.⁶²

In een zaak, waarin in een selectieleidraad een niet-limitatieve opsomming van asbesthoudende onderdelen was benoemd en waarbij in een onderzoeksrapport beschreven was dat sprake was van een steekproef en op afzonderlijke adressen veel verschillende materialen waren aangetroffen, overwoog de rechtbank dat de aannemer *zonder destructief onderzoek* de hoeveelheid asbest had kunnen vaststellen. De aannemer had dat nagelaten en daarom niet voldaan aan zijn onderzoeksplicht.⁶³

Uit het voorgaande volgt dat de aannemer van een UAV-contract tijdens de precontractuele fase geen sonderingen, grondboringen, boringen of ander destructief onderzoek hoeft te verrichten en de onderzoeksplicht van de aannemer niet verder strekt dan het verkrijgen van gegevens via een bezichtiging ter plaatse. Een uitleg dat een aannemer al tijdens de aanbestedingsprocedure meer informatie in *moet* winnen dan visueel waarneembaar zou mijns inziens de toepassing van par. 29 lid 3 UAV 2012 zinledig maken. Deze bepaling is juist bedoeld voor die gevallen waarin de benodigde gegevens (nog) niet volledig zijn. Bovendien zou een uitgebreidere onderzoeksplicht leiden tot onvergelijkbare aanbiddingen, hogere transactiekosten en een ongelijke uitgangspositie van de verschillende inschrijvers.⁶⁴

⁵⁵ Toelichting op de concept UAV-GC 2020, p. 47.

⁵⁶ Bruggeman & Van Wassenaer, *TBR* 2021/54, p. 382-407 op p. 383.

⁵⁷ Par. 4 lid 10 concept UAV-GC 2020.

⁵⁸ M.A.M.C. van den Berg & S. van Gulijk, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VI. Aanneming van werk*, Deventer: Wolters Kluwer 2022/93; C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk (Monografieën BW nr. B84)*, Deventer: Kluwer 2013/26.

⁵⁹ RvA 14 oktober 1974, No. 6843, *BR* 1975, p. 115.

⁶⁰ RvA 24 maart 2010, No. 30.785; RvA 8 februari 2016, No. 71.945; RvA 12 februari 1988, No. 12.615, *BR* 1988, p. 314; zie hierover ook par. 2.3 en 3.4.

⁶¹ RvA 17 november 1992, No. 15.185, *BR* 1993/326; M.A.B. Chao-Duis, *UAV 2012 Toegelicht*, Den Haag: IBR 2013, hfd. st. IX.

⁶² RvA 12 november 2003, No. 23.978 (eerste aanleg); RvA 19 juli 2005, No. 70.848 (hogere beroep).

⁶³ Rb. Zwolle-Lelystad 10 juni 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BJ1836, *JAAN* 2009/109.

⁶⁴ R.G.T. Bleeker, 'Een bouwcontract en geen juristencontract. Over een eenvoudig twee-fasen-contract binnen de UAV-GC', *TBR* 2021/95, p. 711-723 op p. 711-712 en R.G.T. Bleeker, 'Betalen wat het kost. Oriëntatiepunten voor bouwcontracten tussen professionele partijen in de 21e eeuw', *TBR* 2022/86, p. 571-578 op p. 574.

Het uitgangspunt dat in de aanbestedingsfase geen onderzoeksplicht geldt om gegevens in te winnen die niet eenvoudig visueel waarneembaar zijn, neemt niet weg dat de aannemer om informatie moet vragen als hij ziet dat opdrachtgever informatie heeft willen verstrekken maar die informatie per abuis niet heeft toegevoegd. Als de aannemer verzuimt te vragen naar deze informatie, kunnen de gevolgen daarvan voor zijn rekening komen.⁶⁵ Dat lijkt mij vanzelfsprekend: als het gaat om een kennelijke fout in een overeenkomst behoort daarvoor te worden gewaarschuwd. Doet een aannemer dat niet, dan schendt hij niet een onderzoeksplicht maar zijn *waarschuwingsplicht* op grond van art. 7:754 BW.

5.2 De waarschuwingplicht van de aannemer

De waarschuwingplicht is - in tegenstelling tot de onderzoeksplicht - geen opzichzelfstaande verplichting, maar afgeleid van de primaire verplichting van de aannemer om de contractstukken tot zich te nemen om een goede aanbieding te kunnen maken of het werk voor te bereiden. Als de aannemer bij het uitvoeren van een primaire verplichting een kennelijke of klaarblijkelijke fout opmerkt, ontstaat de verplichting om de opdrachtgever hierover te waarschuwen.⁶⁶

Als in het bestek wordt gesproken over ‘onderhoudsbaggerwerk’, dan mag de aannemer daar ook vanuit gaan. De stelling van de opdrachtgever dat als de aannemer een nadere analyse had gemaakt van de bij het bestek gevoegde rapportages (die niet zagen op *bodemkundig* onderzoek, maar op *milieukundig* onderzoek), dan kon worden afgeleid dat er harde lagen aanwezig waren, en er ook ‘verdiepingsbaggerwerkzaamheden’ uitgevoerd moesten worden, slaagt evenmin. Mede gelet op het feit dat sprake was van een RAW-bestek kon en mocht van de aannemer niet worden verwacht dat hij een dergelijke analyse zou uitvoeren.⁶⁷

En opdrachtgever had een bestek verstrekt waarin de toepassing van drainage was beschreven. De opdrachtgever had ook onderzoeksrapporten verstrekt. Omdat uit de onderzoeksrapporten bleek dat in het verleden ook sprake is geweest van hogere waterstanden dan gemiddeld, had volgens de opdrachtgever daaruit kunnen worden opgemaakt dat nader onderzoek nodig was om vast te stellen of drainage mogelijk was. Tijdens de voorbereiding van de werkzaamheden bleek de drainage ontoereikend, er was continu bemaling nodig. Volgens de opdrachtgever had de aannemer dit onderzoek al tijdens de aanbesteding moeten verrichten. De

arbiters overwogen dat er voor de inschrijvers *geen verplichting was om onderzoek te verrichten*, anders dan bij aanvang van de bouw op grond van een contractueel beschreven verplichting om het ontwerp van de opdrachtgever te controleren aan de hand van aangetroffen waterstanden. Een bepaling waarin stond dat de aannemer zich tijdens de aanbesteding ter plaatse moest oriënteren, strekte volgens de arbiters ook niet zo ver dat het doen van grondwateronderzoek daaronder zou vallen.⁶⁸ Van een schending van een precontractuele waarschuwingplicht was ook geen sprake en dat lijkt mij logisch. Als tijdens de aanbestedingsfase een aanvullend onderzoek naar de grondwaterstand nodig is om een fout te ontdekken, kan geen sprake zijn van een ‘kennelijke’ of ‘klaarblijkelijke’ fout.⁶⁹

Het gaat bij een UAV-GC-contract niet alleen om de vertaalslag naar het uitvoeringsproces, maar ook naar een - in meer of mindere mate - door de aannemer aan te dragen ontwerpoplegingsrichting. De aanwezigheid van een ontwerpcomponent in een geïntegreerd contract op de basis van de UAV-GC brengt geen verplichting mee om de vraagspecificatie tot op het laagste niveau te onderzoeken en te controleren, maar wel dat de aannemer het contract tot op een fundamenteeler niveau moet analyseren dan hij bij een UAV-contract moet.⁷⁰ Hieruit volgt *niet* dat de waarschuwingplicht bij een UAV-contract anders is dan bij een UAV-GC-contract: het is in beide gevallen een afgeleide verplichting. Maar de aard van de overeenkomst kan dus wel van invloed zijn op het ‘soortelijk gewicht’ van de waarschuwingplicht.⁷¹

5.3 De mededelingsplicht van de opdrachtgever

Als de opdrachtgever over informatie beschikt, die hij niet aan de aannemer heeft verstrekt en waaruit een andere toestand blijkt dan die de aannemer redelijkerwijs mocht verwachten op basis van de informatie die wel is verstrekt, kunnen de gevolgen voor rekening van de opdrachtgever komen. Dit was het geval in een zaak waarbij op basis van het bestek geen melding wordt gemaakt van een grillige bodem, terwijl de opdrachtgever in het bezit was van een rapport waarin wordt geadviseerd de bodem te onderzoeken vanwege de grilligheid.⁷²

⁶⁵ RvA 25 maart 2004, No. 24.552, BR 2005/39, p. 147.

⁶⁶ Art. 7:754 BW; par. 6 lid 14 UAV 2012; par. 4 lid 7 UAV-GC 2005, par. 4 lid 10 concept UAV-GC 2020; Van den Berg 2016, p. 132-141; Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/93; Jansen 2013/26.

⁶⁷ RvA 4 maart 2019, No. 36.180.

⁶⁸ RvA 17 september 2014, No. 71.896.

⁶⁹ RvA 17 september 2014, No. 71.896.

⁷⁰ Toelichting op de concept UAV-GC 2020, p. 52; M.A.B. Chao-Duisvis, 'Commentaar op paragraaf 4 UAV-GC 2005', in: *T&C Bouwrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2022).

⁷¹ M.A.M.C. van den Berg, 'De UAV-GC 2000 en de glijdende schaal van verantwoordelijkheden in het bouwcontractenrecht', BR 2000, p. 721-722; Van den Berg 2016, p. 139-140; Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/93 en 99; R.G.T. Bleeker, 'UAV-GC 2005 (deel 1). Over de uitleg van enkele conflictgevoelige paragrafen', TBR 2014/114, p. 602-612.

⁷² RvA 29 april 1993, No. 16.480, BR 1993/739.

Het voorgaande wil niet zeggen dat als de opdrachtgever van een bepaalde toestand op de hoogte is, hij daar altijd melding van moet maken.⁷³ In eerste plaats rust op de aannemer een onderzoeksplicht om op basis van de beschikbare informatie de aard en omvang van de voor zijn risico uit te voeren werkzaamheden te bepalen.⁷⁴ De onderzoeks- en mededelingsplicht zijn niet noodzakelijkerwijs complementair, maar de omvang van de mededelingsplicht van opdrachtgever kan wel mede worden bepaald door de onderzoeksplicht van de aannemer.⁷⁵ De beoordeling of is voldaan aan de mededelings- en onderzoeksplicht, is volgens de rechtbank gelijk aan het beoordelingskader van dwaling.⁷⁶ Dit beoordelingskader bestaat uit een feitelijke en normatieve toets.⁷⁷

De *feitelijke toets* gaat over de vraag of de opdrachtgever bekend was dan wel behoorde te zijn met de (niet ter beschikking gestelde) informatie en de wetenschap dat deze informatie voor de aannemer van belang zou zijn. Hierbij wordt aangenomen dat voor de algemeen bekende risico's in beginsel niet hoeft te worden gewaarschuwd.⁷⁸ De *normatieve toets* ziet op de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen. Of uit deze verwachtingen een mededelingsplicht voortvloeit, hangt af van de omstandigheden van het geval en zal per geval moeten worden beoordeeld. Hiervoor kan worden aangeknoopt bij de aard van de rechtsverhouding, de hoedanigheid of maatschappelijke positie van partijen, de aard van de informatie en/of de aard van de betrokken belangen.⁷⁹ Als de opdrachtgever een overheidsinstelling is, zal in het licht van het gezichtspunt 'de hoedanigheid of maatschappelijke positie van partijen' eerder een mededelingsplicht worden aangenomen.⁸⁰ Daarnaast kan worden gekeken naar de *aard van de informatie* met als nadere gezichtspunten: bijzonderheid, importantie en traceerbaarheid van de betreffende informatie.⁸¹

Tot slot kan de *aard van de betrokken belangen* een mededelingsplicht met zich meebrengen. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als door het mededelen van informatie een (voorzienbaar) dreigend nadeel kan worden voorkomen.⁸² Voor dit gezichtspunt kan worden aangeknoopt bij de maatstaf van het maatschappelijk *zorgvuldig* gedrag (art. 6:162 lid 2 BW).⁸³

Het voorgaande is terug te zien in de rechtspraak. Daaruit volgt dat van een schending van de mededelingsplicht alleen sprake zal zijn als de opdrachtgever daadwerkelijk in het bezit was van relevante informatie en die informatie niet heeft verstrekt en als zich iets heeft voorgedaan waarop niet gerekend hoefde te worden.⁸⁴ In een zaak waarin de sonderingen weliswaar een complex beeld lieten zien, volgde uit de ter beschikking gestelde boorprofielen, het geotechnisch lengteprofiel en de sondeergrafieken geen grillig beeld. De opdrachtgever was in het bezit van een rapport waarin werd geadviseerd de bodem te onderzoeken vanwege de grilligheid daarvan. De opdrachtgever heeft deze informatie noch tijdens de aanbesteding noch tijdens de beoordeling van het bemalingsplan van de aannemer kenbaar gemaakt. Mede daarom behoren de gevolgen volgens de arbiters redelijkerwijs niet voor rekening van de aannemer te komen.⁸⁵ Deze opdrachtgever had een gerechtvaardigde verwachting opgeroepen en kon een nadeel voorkomen, hetgeen aangemerkt moet worden als *onzorgvuldig* gedrag.

In de Toelichting op de UAV-GC 2020 is omschreven dat een opdrachtgever er 'verstandig' aan doet om informatie waarover hij beschikt en die relevant is voor de prijsvorming, ter beschikking te stellen aan de aannemer. Als de opdrachtgever deze informatie niet verstrekt - en dat zorgt voor negatieve gevolgen - dan zou hij het risico lopen om daar op grond van par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020 verantwoordelijk voor te zijn.⁸⁶ Volgens Herber is deze stelling niet juist. Uit de rechtspraak zou volgen dat een opdrachtgever op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid *verplicht*

73 RvA 11 oktober 1991, No. 14.272; in deze zaak werd overwogen dat het feit dat de opdrachtgever informatie had maar niet heeft verstrekt, onverlet laat dat de aannemer op basis van een bezichtiging met extra maatregelen (vacuumbemaling in plaats van een open bemaling) rekening had moeten houden. Dit ging niet zover dat de aannemer ook rekening had moeten houden met een spanningsbemaling; een dergelijke verstrekkende en kostbare voorziening had volgens de arbiters ondbelzinnig moeten worden voorgeschreven en dat was niet gebeurd.

74 RvA 12 april 2001, No. 21.419.

75 Rb. Zwolle-Lelystad 10 juni 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BJ1836, JAAN 2009/109; HR 14 september 1984, NJ 1985/ 85; HR 22 december 1995, NJ 1996/300 (Hoog Catharijne).

76 Rb. Zwolle-Lelystad 10 juni 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BJ1836, JAAN 2009/109.

77 K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht.* (Recht en Praktijk nr. CA5), Deventer: Kluwer 2012, p. 549-551.

78 Jansen 2012, p. 551.

79 Jansen 2012, p. 154-159.

80 P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval* (Onderneming en recht nr. 77), Deventer: Kluwer 2013, p. 143-162.

81 Jansen 2012, p. 157.

82 Jansen 2012, p. 154-159.

83 Jansen 2012, p. 28-30.

84 Rb. Zwolle-Lelystad 10 juni 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BJ1836, JAAN 2009/109; RvA 13 januari 1999, No. 19.319.

85 RvA 8 juni 1994, No. 15.915, BR 1994/1036.

86 Toelichting op de concept UAV-GC 2020, p. 27; over de mate waarin het gewenst dan wel verplicht is om informatie te verstrekken is in de literatuur al uitgebreid geschreven, zie hierover o.a.: Bleeker, *TBR* 2014/114, p. 602-612; Bleeker, Herber & Van der Zijpp 2016, p. 19-21; E. van Dam, I. de Groot & D.C. Orobio de Castro, 'De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten 2005, tijd voor een herziening?', *TBR* 2016/4; Herber, *TBR* 2021/71, p. 518-520; W.J.M. Herber & E. Keulen, 'De UAV-GC 2005 - Enkele handvatten', *TBR* 2014/115, p. 613-618; G.J. Huith & M.R. van Rijckevorsel, 'Informatieverstrekking, de achilleshiel van de UAV-GC 2005', *TBR* 2016/52, p. 351-360; Jansen 2001, p. 125-126; D. van Werven, 'De bodem in de UAV-GC 2005: goede grond voor herziening', in: A.G. Bregman, E.M. Bruggeman, A.M.B. Chao & N. van Wijk - van Gilst (red.), *Eindafrekening in pepernoten*, Den Haag: IBR 2020.

is om dergelijke informatie ter beschikking te stellen aan de aannemer.⁸⁷

Een informatieplicht op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid is een juridisch afdwingbare verplichting, terwijl een informatieplicht op grond van het leerstuk van dwaling kwalificeert als ‘*Obliegenheit*’.⁸⁸ Par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020 gaat ook uit van een *Obliegenheit*: de opdrachtgever is niet verplicht om alle informatie te verstrekken, maar als de opdrachtgever bepaalde informatie niet verstrekt kan dat tot gevolg hebben dat hij de daardoor ontstane gevolgen moet dragen. Of sprake is van een situatie als bedoeld in par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020 kan – net als bij toepassing van par. 29 lid 3 UAV 2012 – mede worden bepaald aan de hand van het leerstuk van dwaling.

Volgens Huith en Van Rijkevorsel strekt een mededelingsplicht gebaseerd op het leerstuk van dwaling niet zover dat een opdrachtgever *alle* informatie die relevant kan zijn ter beschikking moet stellen en is een dergelijke verplichting ook niet gewent.⁸⁹ Ik ben het met Huith en Van Rijkevorsel eens dat deze mededelingsplicht niet alomvattend is. Maar als het verstrekken van informatie een verkeerd beeld van de aan te treffen toestand (en daarmee een dreigend nadeel) had kunnen voorkomen, zou de omstandigheid dat die informatie niet is verstrekt voldoende moeten zijn om de gevolgen daarvan voor rekening van de opdrachtgever te laten komen en een beroep op par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020 te laten slagen. In die zin ben ik het met Herber eens dat het woord ‘verstandig’ veel te vrijblijvend over kan komen.

5.4 Tussenconclusie

In de eerste plaatst rust *in beginsel* op de aannemer de verplichting om zelf de aard en omvang te bepalen van de uit te voeren werkzaamheden.⁹⁰ Dat wil niet zeggen dat de aannemer van een UAV-contract al tijdens de precontractuele fase sonderingen, grondboringen of ander destructief onderzoek moet gaan verrichten. De onderzoeksplicht van de aannemer strekt niet verder dan het verkrijgen van gegevens via een bezichtiging ter plaatse. Par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020 is – net als par. 29 lid 3 UAV 2012 – bedoeld voor een situatie waarin geen of onvoldoende informatie is verstrekt. Ik zie daarom niet in dat de onderzoeksplicht bij toepassing

van de UAV-GC 2020 anders zou zijn dan bij de UAV 2012. Dit lijkt mij alleen anders als wordt afgeweken van de UAV 2012 of concept UAV-GC 2020. Zie in dat kader bijvoorbeeld de in par. 3.4 beschreven zaak waarin de aannemer in opdracht van de opdrachtgever bodemonderzoek had verricht en *gegarandeerd* dat het project binnen budget en planning zou worden gerealiseerd.⁹¹ Dat in dat geval op de aannemer een precontractuele onderzoeksplicht rustte om informatie over de bodem te verkrijgen, is begrijpelijk; dat werd van hem ook gevraagd en met de garantie heeft hij ook benadrukt daar in meer dan voldoende mate invulling aan te hebben gegeven.

Tijdens de precontractuele fase rust op een aannemer geen verplichting om gegevens in te winnen anders dan via een eenvoudige visuele inspectie,⁹² maar kan hoogstens een waarschuwingsplicht ontstaan.⁹³ De concept UAV-GC 2020 en de UAV 2012 zijn op dit punt gelijk aan elkaar. Het enige dat anders kan zijn, is het soortelijk gewicht van de waarschuwingsplicht.

Ten aanzien van de mededelingsplicht zie ik niet in dat die bij toepassing van de concept UAV-GC 2020 anders zou zijn dan bij toepassing van de UAV 2012. Ik ben wel van mening dat het gevolg van een schending van een mededelingsplicht door de opdrachtgever in onvoldoende mate wordt benadrukt in de Toelichting op de concept UAV-GC 2020.

6. De gevallen zoals beschreven in par. 13 lid 3 t/m 7 UAV-GC 2005

In de voorgaande paragrafen heb ik de rechtspraak over par. 29 lid 3 UAV 2012 vergeleken met de tekst van par. 29 lid 3 UAV 2012 en par. 3 lid 3 en lid 4 concept UAV-GC 2020. De veronderstelling dat in par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020 een zwaardere bewijslast zou worden gesuggereerd dan uit par. 29 lid 3 UAV 2012 zou voortvloeien lijkt mij niet juist.⁹⁴ Wel is in de concept UAV-GC 2020 voor de aannemer een (zwaardere) bewijslast ontstaan voor de gevallen zoals beschreven in par. 13 lid 3 t/m 7 UAV-GC 2005.

De tekst van par. 13 lid 3 t/m 7 UAV-GC 2005 is niet (volledig) overgenomen in de concept UAV-

⁸⁷ Herber, *TBR* 2021/71, p. 518-520; eerder schreven Herber en Keulen al dat het niet meer dan logisch is dat een opdrachtgever geen informatie achter mag houden die voor de opdrachtnemer van belang is voor het doen van een passende aanbieding, zie hierover: Herber & Keulen, *TBR* 2014/115, p. 613-618.

⁸⁸ Een ‘*Obliegenheit*’ is een verplichting die niet juridisch afdwingbaar is, maar waarvan de schending daarvan wel tot bepaalde rechtsgevolgen kan leiden; Jansen 2012, p. 36-42.

⁸⁹ Huith & Van Rijkevorsel, *TBR* 2016/52, p. 351-360.

⁹⁰ RvA 12 april 2001, No. 21.419.

⁹¹ RvA 24 april 2014, No. 34.451 (eerste aanleg); RvA 26 februari 2015, No. 71.960 (hoger beroep).

⁹² Zie par. 5.1; volgens Bleeker is het ook niet meer dan logisch dat voor aanbestede overeenkomsten geen precontractuele onderzoeksplicht geldt, want een dergelijke verplichting zou leiden tot onvergelijkbare aanbiedingen, hogere transactiekosten en een ongelijke uitgangspositie van de verschillende de inschrijvers. Zie hierover: Bleeker, *TBR* 2021/95, p. 711-723 op p. 711-712 en Bleeker, *TBR* 2022/86, p. 571-578 op p. 574.

⁹³ Zie par. 5.2.

⁹⁴ Bruggeman & Van Wassenaer, *TBR* 2021/54, p. 382-407 op p. 385.

GC 2020.⁹⁵ Dit heeft tot gevolg dat als een *onbekende* verontreiniging of vondsten van materiële, historische of wetenschappelijke waarde worden aangetroffen, de aannemer een beroep moet doen op par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020. In tegenstelling tot par. 13 UAV-GC 2005, ligt de bewijslast in dat geval bij de aannemer. De aannemer kan volgens mij volstaan met een beroep op de jurisprudentie over par. 29 lid 3 UAV 2012 waaruit volgt dat een overeenkomst, die geen melding maakt van verontreinigingen of obstakels, moet worden gelezen als een overeenkomst die een grondgesteldheid aanduidt zonder verontreiniging of obstakels.⁹⁶ Maar dat neemt niet weg dat dit in de praktijk tot een discussie kan leiden, die kan worden voorkomen door dit uitgangspunt expliciet te benoemen.⁹⁷

Belangrijker is de vraag hoe om moet worden gegaan met een vooraf *bekende* verontreiniging. In tegenstelling tot par. 13 lid 4 t/m 6 UAV-GC 2005, geeft de concept UAV-GC 2020 daar geen expliciet antwoord op en dat lijkt mij niet wenselijk. In deze

bijdrage laat ik deze punten verder buiten beschouwing, maar als par. 13 ook ontbreekt in de definitieve versie van de UAV-GC 2020 is het laatste woord hier vast nog niet over gezegd.

7. Conclusie en aanbeveling

De tekst van par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020 sluit beter aan bij de rechtspraak over par. 29 lid 3 UAV 2012 dan de tekst van par. 29 lid 3 UAV 2012 dat zelf lijkt te doen. De kritiek dat par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020 moet worden aangepast om aan te sluiten bij de jurisprudentie over par. 29 lid 3 UAV 2012,⁹⁸ lijkt mij dan ook niet terecht. Volgens mij moet de tekst van par. 29 lid 3 UAV 2012 worden aangepast om beter aan te sluiten bij de jurisprudentie over die bepaling. In het kader van een coherent en toekomstbestendig stelsel van juridisch-administratieve voorwaarden lijkt mij deze aanpassing ook overigens zeer gewenst.⁹⁹ ●

Licentie verstrekt aan:
 verstegen@heijljes.nl
 Heijljes Advocaten
 IBR publicatie - 10-7-2024

⁹⁵ De strekking van een deel van deze bepalingen is ondergebracht bij andere bepalingen in de concept UAV-GC 2020, waaronder par. 3 lid 3 concept UAV-GC 2020, zie hierover de Toelichting op de concept UAV-GC 2020, p. 68-69.

⁹⁶ RvA 24 maart 2010, No. 30.785; RvA 8 februari 2016, No. 71.945; RvA 12 februari 1988, No. 12.615, BR 1988, p. 314; zie hierover ook de Toelichting op de concept UAV-GC 2020, p. 47.

⁹⁷ Bij de herziening van de UAV 1968 speelde een soortgelijk geval. Destijds is aan de tekst van par. 29 lid 3 UAV toegevoegd dat de opdrachtgever de verantwoordelijkheid draagt voor de juistheid van de door of namens hem verstrekte gegevens. Die toevoeging was juridisch gezien niet noodzakelijk omdat deze verantwoordelijkheid volgt uit de algemene regels van het verbintenissenrecht. Echter is deze zin opgenomen om ook de 'niet juridische geschoolde praktijkmensen' van deze verantwoordelijkheid op de hoogte te brengen en dat lijkt mij een verstandige insteek. Zie hierover de 'Derde notitie verschillen (par. 29)' in het dossier van de herziening van de UAV 1968 dat ter inzage ligt bij het Instituut voor Bouwrecht.

⁹⁸ Bruggeman & Van Wassenaer, *TBR* 2021/54, p. 382-407 op p. 385.

⁹⁹ E.M. Bruggeman en C.E.C. Jansen, 'Naar een coherent aanbestedings- en juridisch-administratief kader voor de bouw: voorstel voor een routekaart', *TBR* 2021/99, p. 774-787.