

Jurisprudentie – III. Aanneming van werk

TBR 2018/127

Rechtbank Den Haag, 27 september 2017, Zaaknr. C/09/503755 / HA ZA 16-80, ECLI:NL:RBDHA:2017:11756 (Wijziging verplichtingen installateur niet aangetoond)

(Mr. H.W. Vogels, mr. I.A.M. Kroft en mr. M.L. Harmsen)

BW: art. 7:755; UAV-TI 1992; DNR 2005

Menging van contractvorm. Meerwerk. Uitleg verklaring, Haviltex. CAO norm. UAV TI 1992 & DNR 2005

Met gastnoot F.M. van Cassel - van Zeeland, Red.¹

2 De feiten

Inleiding

2.1. Deze procedure gaat over de nieuwbouw van de faculteit Wiskunde en Natuurwetenschappen van de Universiteit, de zogenaamde Bèta Campus in Leiden. De Bèta Campus zal 100.000m² omvatten aan uiteenlopende laboratoria, kantoren en onderwijsvoorzieningen. Het project heeft een looptijd van ten minste 10 jaar. Deze procedure heeft alleen betrekking op het eerste deel van het project dat circa 40.000m² omvat.

2.2. De Universiteit heeft Arcadis ingeschakeld als installatietechnisch adviseur. Arcadis heeft de functionele bestekstukken (technische installaties) gemaakt die als contractstukken voor de aanbestedingsprocedure zijn gebruikt. De Universiteit heeft eind november 2012 na een aanbestedingsprocedure Heijmans gecontracteerd als hoofdaannemer voor de bouwkundige (perceel 1) en installatietechnische werkzaamheden, alsmede de inbouw van het laboratorium inrichtingspakket (perceel 3). Engie is na een aanbestedingsprocedure door de Universiteit als installateur gecontracteerd om de installatietechnische werkzaamheden (perceel 2) uit te voeren. De Universiteit heeft ervoor gekozen alle uitvoerende partijen al bij de voorbereidingsfase c.q. ontwerpfase (Fase A) te betrekken. Fase B (uitvoeringsfase) omvatte de realisatie van het werk. De twee fasen werden separaat opgedragen.

2.3. Tussen Engie enerzijds en de Universiteit en Heijmans anderzijds is een geschil ontstaan over door Engie gestelde onjuistheden in het ontwerp van de technische installaties van Arcadis. Engie stelt dat de onjuistheden hebben geleid tot extra kosten (meerwerk) aan haar zijde ten bedrage van € 5.198.522, waarvan zij in deze

procedure vergoeding vordert van zowel de Universiteit als Heijmans.

De aanbestedingsprocedure

2.4. In het aanbestedingsdocument perceel 2 van 29 juni 2012 staat, voor zover relevant:

‘2. Contracteringsmethode (...)

2.1. doelstellingen (...)

De doelstelling van de aanbestedende dienst is tevens het bewerkstelligen van optimale kennisoverdracht met betrokkenheid van de uitvoerende partijen. Dit moet het project kwalitatief, planningstechnisch en financieel ten goede komen. Om zodoende voor alle partijen risico's te minimaliseren. Dit alles om vroegtijdig zekerheid te hebben over de totale prijs (prijs aan het einde van het project) en planning van het project. Het financieel risico wordt zodoende vroegtijdig geminimaliseerd voor opdrachtgever door het toepassen van een niet traditionele contractvorm. (...)

2.2. fasering en contractvorm

Teneinde de doelstellingen te kunnen realiseren is het noodzakelijk dat de uitvoerende partijen actief participeren in het uitvoeringsgereed maken van het bestek tijdens een zogenaamde voorbereidingsfase. De contractvorm is ontwikkeld met enig verwantschap aan het "Bouwteam"-model, zij het dat met de uitvoerende partijen bij de start van de werkzaamheden bindende afspraken worden gemaakt over de bouwkosten. Tevens worden concrete taken en verantwoordelijkheden gedefinieerd voor de uitvoerende partijen. Voor deze contractvorm wordt gekozen omdat het in de praktijk zeer goede resultaten laat zien. Met name bij grote en technisch complexe projecten is de meerwaarde van de uitvoerende partijen in het eindtraject van de ontwerpfase groot. (...)

Het project wordt aanbesteed op een bestek plus bijbehorende documenten (...). Naast het bestek zal ter informatie ook het BIM model mee gegeven worden aan de uitvoerende partijen. De opdracht voor de aannehmer van perceel 2 (installateur) zal zijn verdeeld in twee opdrachten; de opdracht voor de aannehmer van perceel 1 (hoofdaannemer) zal zijn verdeeld in drie opdrachten. Opdracht fase A (voorbereidingsfase) omvat het deelnemen aan het ontwerpteam en met name de inbreng van uitvoeringskennis met betrekking tot onder andere bouwmethodiek, planning, kostendeskundigheid en detaillering tijdens de voorbereidingsfase. Ook op het gebied van materialisatie dient kennis ingebracht te worden. (...)

Op basis van de door de uitvoerende partijen gegeven voorstellen wordt het ontwerp ten aanzien van de uitvoering geoptimaliseerd. De uitvoerende partijen par-

¹ Frank van Cassel - van Zeeland is advocaat bij Cassel Advocatuur.

iciperen dus daadwerkelijk in de uitwerking van het bestek waarop is aanbesteed tot uitvoeringsbestek. De architect en adviseurs blijven conform DNR 2005 primair verantwoordelijk voor het ontwerp. (...)

Taken die de uitvoerende partijen moeten uitvoeren in fase A staan beschreven in het in het aanbestedingsdossier gevoegde beheersplan fase A. Het beheersplanfase A is een document met daarin een beschrijving van alle taken, verantwoordelijkheden en procedures in fase A. Het document is onderdeel van de opdracht fase A.

Aan het eind van fase A is een goed voorbereid, uitvoerbaar en afgestemd uitvoeringsbestek met bijbehorende documenten aanwezig. (...) In fase A wordt door het ontwerpteam begonnen met de door het ontwerpteam op te stellen werktekeningen. (...)

Vergoedingen

Voor fase A ontvangt de installateur een vergoeding voor zijn werkzaamheden (vast tot en met einde fase A). De werkzaamheden in fase A worden gezien als voorbereidende werkzaamheden, die normaal in de uitvoeringsfase verricht worden, maar nu naar voren gehaald worden in het proces. (...)

2.5. In het Beheersplan voorbereidingsfase perceel 2 fase A (hierna: het Beheersplan) zijn de verplichtingen van de installateur (i.c. Engie) als volgt omschreven:

‘3 Werkzaamheden en verplichtingen

Dit hoofdstuk beschrijft in algemene termen de werkzaamheden, taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden die verricht moeten worden door de installateur en de procesmatige aspecten van samenwerken in fase A. In het bijzonder wordt ingegaan op de werkzaamheden en verplichtingen ten aanzien van de optimalisatievoorstellen en de kostenbeheersing.

3.1 Algemeen

In dit project wordt getracht een hoge mate van samenwerking tussen opdrachtgever, bouwdirectie, architect, adviseurs en uitvoerende partijen te bewerkstelligen. Het doel van deze samenwerking is het bereiken van een optimaal bouwresultaat door het realiseren van vroegtijdige kennisoverdracht tussen de betrokken partijen, het beperken van faalkosten en het realiseren van integratie van uitvoeringskennis.

De ontwerpers (architect, constructeur, adviseur installaties) maken het uitvoeringsbestek en de bouwvoorbereidings- c.q. bestektekeningen en zijn hiervoor conform De Nieuwe Regeling (DNR 2005) primair verantwoordelijk. Tevens maken de architect en constructeur de werktekeningen (uitvoeringsgereed ontwerp) behoudens die tekeningen, die volgens het aanbestedingsdossier door uitvoerende partijen worden opgesteld.

De installateur krijgt voor fase A een opdracht opgedragen in een overeenkomst onder toepasselijkheid van de DNR 2005. Dit betekent onder andere dat de installateur zich tijdens fase A als adviseur dient te gedragen in de geest van de algemene voorwaarden zoals beschreven in de DNR 2005.

De installateur is net als de hoofdaannemer verantwoordelijk voor de onderlinge coördinatie van bestekken en bouwvoorbereidings- c.q. bestektekeningen en werktekeningen in fase A (alle disciplines, omvattende

o.a. bouwkundig, labinbouw, inrichtingen, constructief en installatietechnisch). Dit houdt in dat de installateur de resultaatverplichting heeft om tijdens fase A te coördineren zodat de bestekken inclusief nota en bijbehorende tekeningen uniform, eenduidig, compleet en uitvoerbaar zijn, geen onderlinge tegenstrijdigheden, onduidelijkheden of omissies bevatten, volledig en naadloos op elkaar aansluiten, en derhalve binnen de overeengekomen aanneemsom en planning alsmede conform de kwaliteitseisen van de opdrachtgever kunnen worden uitgevoerd. Hiertoe dient de installateur intensief samen te werken en af te stemmen met het ontwerpteam, de hoofdaannemer en overige betrokken partijen (inclusief opdrachtgever). De hoofdaannemer is daarbij leidend.

In de voorbereidingsfase en uitvoeringsfase wordt door de hoofdaannemer een fulltime coördinator ingesteld, die vanuit de hoofdaannemer zorg draagt voor bovengenoemde inbreng en afstemming. Deze coördinator is met name bedoeld voor de afstemming met de installaties.

De installateur en hoofdaannemer moeten als resultaat van fase A de uiteindelijke contractdocumenten (o.a. bestekken met bijlagen, de nota, en de bouwvoorbereidings- c.q. bestektekeningen) beoordelen en schriftelijk verklaren (conform bijlage 3 van het beheersplan fase A) dat deze uniform, eenduidig, compleet, uitvoerbaar, etc. zijn. Zonder het ondertekenen van deze verklaring zal er geen opdracht verstrekt worden voor fase B.

In fase B kan er dienstengevolge geen meerwerk zijn, tenzij dit een gevolg is van programmatwijzigingen door de opdrachtgever.

De installateur dient in de eerste acht weken van fase A gedetailleerde opmerkingen te maken op de bouwkundige, constructieve, transportinstallatietechnische en installatietechnische bestekteksten en bijlagen dan wel de teksten/bijlagen te accorderen zodat de architect, de constructeur en de installatieadviseur dit tijdig kunnen verwerken in een nota. Wijzigingen worden alleen verwerkt na goedkeuring door het projectteam. Het projectteam consulteert daarbij het ontwerpteam.

De installateur is tevens verantwoordelijk voor de kostenbewaking gedurende fase A. Zie paragraaf 3.4.

De installateur is verantwoordelijk voor een tijdige beoordeling van alle door de constructeur en architect gemaakte bouwuitvoeringstekeningen cq werktekeningen. Daarnaast is de installateur verantwoordelijk voor het opstellen en voor uitvoering geaccordeerd krijgen van de door hem zelf op te stellen installatietechnische werktekeningen zoals aangegeven in het aanbestedingsdossier. De controle hierop geschiedt door de architect en adviseurs volgens de bij het aanbestedingsdossier gevoegde tekeningengoedkeuringsprocedure. De installateur is verantwoordelijk voor het voor uitvoering geaccordeerd krijgen van deze tekeningen.

Tevens behoort tot de werkzaamheden de inbreng van uitvoeringskennis met betrekking tot onder andere bouwmethodieken, planning, kostendeskundigheid en detaillering tijdens fase A.

De taken van de installateur in fase A zijn nader beschreven in bijlage 1. Naast de beschreven werkzaam-

heden zijn in fase A ook procesmatige aspecten van belang zoals klantgericht werken, goed samenwerken met de opdrachtgever, bouwdirectie, architect, adviseurs en de andere uitvoerende partijen en het gebruiken van ieders kennis en kunde op een zo optimaal mogelijke wijze, gericht op het beoogde eindresultaat.

De installateur dient zich te houden aan de procedures en tijdschema's die gelden in fase A en hij moet verschillende producten (optimalisatievoorstellen, bouwuitvoeringstekeningen en offertes) ter acceptatie voorleggen aan het projectteam. Het projectteam consulteert daarbij het ontwerpteam. Nadere informatie hieromtrent is beschreven in bijlage 2.'

(...)

2.8. In het Deelbestek technische installaties van 29 juni 2012 (hierna: het Deelbestek technische installaties), dat ook deel uitmaakt van het aanbestedingsdossier, zijn de uitgangspunten voor de verschillende technische installaties opgegeven. Daarin is met betrekking tot de verschillende installaties telkens bepaald dat de besteksonderwerpenberekeningen die door Arcadis als installatie-adviseur zijn vervaardigd, globaal zijn vastgesteld. Zo is in paragraaf 09.59.01-a sub 0.1 met betrekking tot de ventilatie – installatie bepaald: *'De besteksonderwerpenberekeningen, welke door de installatie-adviseur zijn vervaardigd, zijn ten behoeve van het globaal vaststellen van de luchtdebieten.*

(...)

De aannemer van dit bestek moet alle definitieve berekeningen vervaardigen, ter bepaling van weerstanden, debieten, opvoerhoogte, vermogens etc. met het doel de definitieve dimensionering en selectie van installatie-onderdelen vast te stellen.'

Een vergelijkbare bepaling is opgenomen in de overige paragrafen over onder andere water-installaties (09.29.01-a sub 1), gasseninstallatie (09.39.01-a sub 2), verwarmingsinstallatie (09.49.01-a sub 0.1), en koelinstallatie (09.69.01-a sub 0.1).

2.9. De aanbestedingsprocedure voor de installateur betrof alleen de gunning van Fase A (ontwerpfase), tegen een maximale vergoeding van 1% van de aanneemsom voor Fase B (uitvoeringsfase). Inschrijvers dienden één vaste prijs voor Fase A en B tezamen af te geven. De opdracht voor Fase B zou volgen als de installateur Fase A met goed gevolg had volbracht, een en ander ter beoordeling van het projectteam bestaande uit de Universiteit en haar adviseurs. Daartoe was vereist, zoals ook verwoord in de hiervoor opgenomen citaten uit het Beheersplan, het Bestek algemene voorwaarden en het Deelbestek technische installaties, dat de installateur zijn bijdrage zou leveren aan het uitvoeringsontwerp en bij afsluiting van Fase A een verklaring zou ondertekenen dat de contractdocumenten (onder meer) uniform, eenduidig, compleet, uitvoerbaar zouden zijn, zonder welke verklaring geen opdracht zou worden verstrekt voor Fase B.

2.10. Tot het aanbestedingsdossier behoorden reguliere bestekken met

onder meer tekeningen, berekeningen, plattegronden en schema's. Zij vormden samen met de 1e, 2e en 3e nota van inlichtingen het 'oorspronkelijk bestekontwerp'. De 1e, 2e en 3e nota van inlichtingen bevatten de beantwoording van bijna duizend vragen van inschrijvers alsmede bestekswijzigingen en aanvullingen op de functionele bestekstukken.

2.11. Tijdens de aanbesteding is een zogenaamd BIM-model (een 3D-model waarin installaties zijn gemodelleerd) aan de inschrijvers verstrekt. Op een vraag van een inschrijver of zij *'het BIM model [mocht] beschouwen als een contract document en er derhalve vanuit mocht gaan dat uitgetrokken hoeveelheden, hoogten e.a. informatie uit het BIM model 100% correct is', heeft de Universiteit in de 1e nota van inlichtingen geantwoord: 'Nee, het BIM model is geen contractdocument. Deze is ter informatie meegestuurd. U kunt geen aanspraak maken op afwijkende uitgetrokken hoeveelheden uit het BIM model.'*

2.12. De inschrijfprijs van Engie bedroeg € 22.500.000 exclusief BTW. Deze prijs was meer dan € 2.000.000 lager dan de inschrijfprijs van andere inschrijvers en lager dan de directiebegroting van de Universiteit. De Universiteit heeft Engie gevraagd dit prijsverschil toe te lichten. Engie heeft geantwoord - zakelijk weergegeven - dat zij inkoopvoordelen heeft meegenomen in haar prijs op basis van haar inschatting dat het installatiewerk een repeterend karakter had en dat ze door middel van LEAN ('lean manufacturing' of 'lean production') verwachte grote voordelen te kunnen behalen voor wat betreft het aantal in te zetten manuren.

2.13. Fase A is aan Engie gegund bij opdrachtbrief van 29 november 2012.

Fase A

2.14. Fase A startte in november 2012. Engie en Heijmans zijn gedurende de zeven maanden durende Fase A in de gelegenheid gesteld om contractdocumentatie te controleren, te beoordelen en waar nodig te laten aanpassen. Hierna wordt onder 'verklaring Engie en wat er aan vooraf ging' nader ingegaan op het verloop van Fase A. Fase A werd afgerond met de opdracht voor Fase B die op 8 juli 2013 is getekend. Engie heeft voor haar werk in Fase A een vergoeding ontvangen van € 225.000.

2.15. Fase A heeft geresulteerd in een 4e nota van inlichtingen, waarin aanpassingen op het oorspronkelijk bestekontwerp en de bestektekeningen zijn opgenomen. Ook de 4e nota van inlichtingen is op 8 juli 2013 getekend en maakt onderdeel uit van de contractdocumentatie voor Fase B. Op bladzijde 10 is onder de kop 'Algemene aanvulling: Reactie op montageplan Cofely' opgenomen dat Engie de vrijheid heeft om *'in de detail engineeringfase voor het optimaliseren van verschillende tracés en mogelijke posities van kabels en leidingen binnen de tracés en binnen de bouwkundi-*

ge uitgangspunten modulebouw toe te passen', waarbij bepaald is dat de Universiteit geen enkele verantwoordelijkheid voor toepassing van modules draagt en derhalve geen meerkosten of vertragingen accepteert. Het oorspronkelijke bestekontwerp tezamen met de 4e nota van inlichtingen, waarin wijzigingen op het oorspronkelijk bestekontwerp zijn opgenomen, vormen het 'Uitvoeringsbestek' dat uitgangspunt was voor de opdracht aan Engie en Heijmans voor Fase B. De oorspronkelijke aanneemsom van Engie van € 22.500.000 voor Fase B is als gevolg van de wijzigingen in het oorspronkelijke bestekontwerp verhoogd naar € 23.498.800 exclusief BTW.

Verklaring Engie en wat er aan vooraf ging

2.16. Op 8 juli 2013 heeft Engie ook een verklaring (de Verklaring Engie) getekend. Hierin werd in aanvulling op de oorspronkelijke versie van de verklaring, die was gevoegd als bijlage 3 bij het Beheersplan, een uitzondering opgenomen op het uitgangspunt dat in Fase B, behoudens PW's (programmatische wijzigingen), geen meerwerk in rekening kon worden gebracht. De Verklaring Engie luidt als volgt (de door de rechtbank aangebrachte onderstrepingen in het citaat betreffen de relevante aanvullingen op de oorspronkelijke versie van de verklaring):

'Verklaring Acceptatie Contractstukken Uitvoering Hierbij verklaart Cofely West Nederland B.V. dat hij heeft geparticipeerd in fase A van de Nieuwbouw Bètacampus fase 1 Universiteit Leiden en dat hij gedurende fase A voldoende in de gelegenheid is gesteld en alles in het werk heeft gesteld om volledige afstemming en coördinatie te bewerkstelligen tussen de contractstukken. Hierbij verklaart Cofely West Nederland B.V. dat alle contractstukken voor de uitvoering van fase B van de Nieuwbouw Bètacampus fase 1 Universiteit Leiden, bestaande uit:

- 4e nota van inlichtingen perceel 2 d.d. 8 juli 2013;
- 3e nota van inlichtingen perceel 2 d.d. 5 oktober 2012;
- 2e nota van inlichtingen perceel 2 d.d. 4 oktober 2012;
- 1e nota van inlichtingen perceel 2 d.d. 19 september 2012;
- het bestek algemene voorwaarden en bouwplaatsvoorzieningen installatietechnische werken, besteknummer 9600MI1, d.d. 29 juni 2012;
- de model garantieverklaring d.d. 29 juni 2012;
- de model bankgarantie d.d. 8 juli 2013;
- het bestek technische installaties, besteknummer 076330321 inclusief bijlagen d.d. 29-6-2012;
- het gegevensbehoefte & -verstrekkingschema Ruwbouw Labgebouw FWN d.d. 8 juli 2013;
- het gegevensbehoefte & -verstrekkingschema Ruwbouw Meetgebouw GW d.d. 8 juli 2013;
- het gegevensbehoefteschema d.d. 08 juli 2013;
- de procedures tekeningen-/gegevenrouting (verkort) d.d. 8 juli 2013;
- het tekeningen- en gegevensverstrekkingschema d.d. 8 juli 2013;

- de projectdocumentenlijst COFELY - (DDL) - Bètacampus FWN Leiden

d.d. 8 juli 2013 rev 4;

- het beslissingen-/ Bemonsteringslijst BML-01 d.d. 8 juli;

- de uitvoeringsplanning (Algemeen Tijdschema) UVP 6 d.d. 8 juli 2013;

- het principeschema Afbouw LnB.Vleugel as 22 - as 27 d.d. 8 juli 2013;

- het principeschema Afbouw Algemene verdieping as 20- as 22 d.d. 8 juli 2013;

- het principeschema Afbouw Meetgebouw Begane Grond en 1e verdieping

d.d. 8 juli 2013;

- het betalingschema uitvoeringsfase van "opdrachtne-mer" d.d. 8 juli 2013.

uniform, eenduidig, compleet en uitvoerbaar zijn, geen onderling tegenstrijdigheden, onduidelijkheden of omissies bevatten, volledig en naadloos op elkaar aansluiten, en derhalve binnen de overeengekomen aanneemsom en planning alsmede conform de kwaliteitseisen van de opdrachtgever kunnen worden uitgevoerd.

Tevens zijn de volgende documenten ter informatie aan Cofely West Nederland B.V.

verzonden en getoetst:

- de 4e nota van inlichtingen perceel 1 d.d. 8 juli 2013;

- de 3e nota van inlichtingen perceel 1 d.d. 5 oktober 2012;

- de 2e nota van inlichtingen perceel 1 d.d. 4 oktober 2012;

- de 1e nota van inlichtingen perceel 1 d.d. 19 september 2012;

- het bouwkundig bestek, besteknummer 7379-707, inclusief bijlagen d.d. 29 juni 2012;

- het constructief bestek, besteknummer 10943K inclusief bijlagen d.d. 29 juni 2012;

- het bestek transportinstallaties, besteknummer 76.330.321 inclusief bijlagen d.d. 29 juni 2012 .

Cofely West Nederland B.V. heeft deze documenten getoetst. In relatie tot de technische bestekken, zijn deze documenten uniform, eenduidig, compleet en uitvoerbaar en bevatten geen onderlinge tegenstrijdigheden, onduidelijkheden of omissies.

Indien, uit de door Cofely West Nederland B.V. te maken (detail)berekeningen, conform de uitgangspunten van het aanbestedingsdossier, blijkt dat er aantoonbare onjuistheden zitten in het ontwerp van adviseurs, welke leiden tot veranderingen in het detailontwerp in fase B, zulks door de directie vast te stellen, blijft de Universiteit Leiden primair verantwoordelijk voor het bestekontwerp en hieraan ten grondslag liggende basisberekeningen.

Cofely West Nederland B.V. verplicht zich met bovenstaande tot het tijdig melden van deze onjuistheden. De melding is tijdig in het geval gedaan gelijk na ontdekking en/of moment waarop dit redelijkerwijs had kunnen en/of moeten worden gezien en tevens minimaal 8 weken voor aanvang van de montagewerkzaamheden. Bij vaststelling van veranderingen in het detailontwerp zal de verandering als programmatische wijziging wor-

den doorgevoerd en worden vergoed aan Cofely West Nederland B.V., mits tijdig gemeld door Cofely West Nederland B.V.

Het uitvoeren van het in de contractstukken vastgelegde werk leidt niet tot meerkosten, rekening houdend met bovenstaande nuancering.

Aldus verklaard en ondertekend te Leiden,

(...)

Programmatistische wijzigingen

(...)

3 Het geschil

Het geschil in de hoofdzaak

3.1. Engie vordert samengevat - hoofdelijke veroordeling, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, van de Universiteit en Heijmans:

- i)

primaire tot betaling van € 5.198.522,

subsidiare tot betaling van een door de rechtbank te bepalen bedrag,

meer subsidiair tot vergoeding van de door Engie geleden schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

- ii) in de kosten van het geding, alsmede nakosten;

- iii) (i) en (ii) vermeerderd met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na de datum van de uitspraak.

3.2. Engie voert daartoe aan (kort en zake-lijk weergegeven) dat het ontwerp van de Universiteit vele onjuistheden bevatte en dat Engie daardoor meerkosten heeft moeten maken. Engie stelt dat de Universiteit en Heijmans deze meerkosten moeten vergoeden, op grond van de Verklaring Engie. Met deze verklaring hebben de Universiteit en Heijmans de mogelijkheid voor vergoeding van door Engie gemaakte meerkosten bevestigd, voortvloeiend uit aanpassingen in het detailontwerp die werden veroorzaakt door aantoonbare onjuistheden in het ontwerp.

Ook op grond van de overige contractstukken (de Opdracht Fase A en Opdracht Fase B; de Nota's van Inlichtingen, het Aanbestedingsdossier met het Beheersplan, het Bestek, de DNR 2005, de UAV (TI) 1992 en de UAV 1989 zijn de Universiteit en Heijmans gehouden de extra kosten van Engie, voortvloeiend uit de aantoonbare onjuistheden in het ontwerp, aan Engie te vergoeden. Deze contractstukken zijn immers eensluidend over het feit dat de ontwerpverantwoordelijkheid bij de Universiteit ligt.

Engie heeft bovendien recht op schadevergoeding op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Engie is haar verplichtingen in Fase A zo goed mogelijk nagekomen. Het doen van basisberekeningen of controleberekeningen viel niet onder die verplichtingen. De Universiteit hield zich doof voor waarschuwingen van Engie dat het ontwerp fouten bevatte.

De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid perkt bovendien de gronden in om Engie een vergoeding te onthouden. De meldingsplicht

van fouten in het ontwerp mag niet onredelijk formalistisch worden uitgelegd. De aard van de onjuistheden en het meerwerk leidden er immers toe dat de volle omvang van het meerwerk pas aan het einde van het traject zichtbaar werd.

Een ongewijzigde uitvoering van het Bestek had geleid tot een onwerkbaar situatie en zou in strijd zijn geweest met de wettelijke schadebeperkingsplicht van Engie.

Engie stelt aan de hand van 16 cases dat aantoonbare onjuistheden in het ontwerp hebben geleid tot hogere kosten voor Engie bestaande uit:

- extra kosten voor herontwerpwerkzaamheden en meer en duurder materiaal

- meerkosten als gevolg van de grotere complexiteit;

- meerkosten als gevolg van het niet kunnen toepassen van de LEAN bouwmethode.

De vordering van Engie is als volgt opgebouwd:

1. herontwerp bestek als gevolg van onjuistheden € 955.067

2. uitvoering van de aanpassingen in het bestek € 409.564

3. onmogelijkheid LEAN-bouwmethode € 1.346.173

4. verhoogde complexiteit van het gehele project € 955.438

5. versnelling van Engie's werkzaamheden € 861.280

6. rework € 200.000

7. vaststelling van schade en aansprakelijkheid € 390.000

Totaal € 5.198.522

3.3. De Universiteit en Heijmans voeren verweer.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

Het geschil in vrijwaringzaak I

3.5. Heijmans vordert - samengevat - dat de Universiteit wordt veroordeeld om aan Heijmans te betalen al hetgeen waartoe Heijmans in de hoofdzaak mocht worden veroordeeld, inclusief de proceskosten van de hoofdzaak, met veroordeling van de Universiteit in de kosten van de vrijwaring.

3.6. De Universiteit voert verweer.

3.7. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

Het geschil in vrijwaringzaak II

In conventie

3.8. De Universiteit vordert - samengevat - dat Heijmans wordt veroordeeld om aan de Universiteit te betalen al hetgeen waartoe de Universiteit in de hoofdzaak mocht worden veroordeeld, inclusief de proceskosten van de hoofdzaak, met veroordeling van de Heijmans in de kosten van de vrijwaring.

3.9. Heijmans voert verweer.

3.10. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

In voorwaardelijke reconventie

3.11. Heijmans vordert, indien en voor zover wordt voldaan aan nader omschreven voorwaarden, dat de rechtbank voor recht verklaart dat de Universiteit onrechtvaardig is verrijkt ten koste van Heijmans en uit dien hoofde verplicht is Heijmans de daardoor geleden schade te vergoeden, nader op te maken bij staat en te verffenen volgens de wet, met veroordeling van de Universiteit in de kosten van de procedure.

3.12. De Universiteit voert verweer.

3.13. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

Het geschil in vrijwaringszaak III

3.14. De Universiteit vordert - samengevat - dat Arcadis wordt veroordeeld om aan de Universiteit te betalen al hetgeen waartoe de Universiteit in de hoofdzaak mocht worden veroordeeld, inclusief de proceskosten van de hoofdzaak, met veroordeling van Arcadis in de kosten van de vrijwaring.

3.15. Arcadis voert verweer.

3.16. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling In de hoofdzaak

Ontwerpverantwoordelijkheid

4.1. Engie stelt dat de Universiteit (en daarmee Heijmans, gelet op de contractovername) eindverantwoordelijkheid draagt voor het ontwerp en daarom gehouden is het meerwerk van Engie te vergoeden. Engie verwijst in de dagvaarding (paragrafen 2.3 en 177) in dat verband naar diverse bepalingen in het aanbestedingsdocument en in overige contractstukken, zoals het Beheersplan, het Bestek algemene voorwaarden, de DNR 2005, de UAV (TI) 1992 en UAV 1989. Uit al die bepalingen volgt volgens Engie de (eind)ontwerpverantwoordelijkheid van de opdrachtgever.

4.2. De rechtbank volgt Engie daarin niet, gelet op het volgende.

4.3. Uit de contractstukken, in samenhang gezien, volgt dat bij de opdracht voor dit werk uitdrukkelijk afstand is genomen van een traditionele contractvorm die een strikte scheiding kent tussen enerzijds het ontwerp (een bestek afkomstig van de opdrachtgever en opgesteld door ontwerpende partijen) en anderzijds de uitvoering (door uitvoerende partijen, aannemers) in welke traditionele contractvorm de uitvoerende partijen

niet aansprakelijk zijn voor fouten in het ontwerp. De Universiteit heeft er voor gekozen om de uitvoerende partijen al bij de voorbereidings- en ontwerp-fase, Fase A, te betrekken om hen de functionele bestekken waarop was aanbesteed te laten controleren en te optimaliseren. Inschrijvers zijn er expliciet op gewezen dat zij moesten bijdragen aan een uitvoeringsgereed bestek en in zoverre ontwerpverantwoordelijkheid droegen voor hun inbreng. In het aanbestedingsdocument (zie ook hiervoor onder 2.4.) zijn de doelstellingen en de contractvorm en fasering uitgebreid omschreven:

‘Teneinde de doelstellingen te kunnen realiseren is het noodzakelijk dat de uitvoerende partijen actief participeren in het uitvoeringsgereed maken van het bestek tijdens een zogenaamde voorbereidingsfase. De contractvorm is ontwikkeld met enig verwantschap aan het ‘Bouwteam’-model, zij het dat met de uitvoerende partijen bij de start van de werkzaamheden bindende afspraken worden gemaakt over de bouwkosten. Tevens worden concrete taken en verantwoordelijkheden gedefinieerd voor de uitvoerende partijen. Voor deze contractvorm wordt gekozen omdat het in de praktijk zeer goede resultaten laat zien. Met name bij grote en technisch complexe projecten is de meerwaarde van de uitvoerende partijen in het eindtraject van de ontwerp-fase groot. (...)’

4.4. De Universiteit en Heijmans hebben er terecht op gewezen dat uit de contractstukken volgt dat de verplichtingen die Engie op zich nam in Fase A veel verder strekten dan die van een aannemer in een regulier bouwteamverband, die meedenkt over optimalisatie van een ontwerp, zonder enige ontwerpverantwoordelijkheid op zich te nemen. In het Beheersplan (zie hiervoor onder 2.5.) en bijlage 1 ‘Taakbeschrijving Installateur’ (zie hiervoor onder 2.6.) zijn de verantwoordelijkheden van de installateur uitvoerig omschreven. Vastgelegd is dat de installateur binnen het ontwerpteam zou participeren als adviseur conform de DNR 2005 in het ‘uitvoeringsgereed maken’ van het bestek tijdens de voorbereidingsfase. Dit hield in dat de installateur de taak had om in Fase A alle bestekken en bijlagen te beoordelen op uniformiteit, eenduidigheid, compleetheid, uitvoerbaarheid en eventuele discrepanties en waar nodig gedetailleerde opmerkingen aan te dragen. Dit is geformuleerd als een resultaatsverplichting voor de installateur (de resultaatsverplichting) en het belang daarvan is in de contractstukken bij herhaling benadrukt. De resultaatsverplichting is ook opgenomen in de Verklaring Engie, die Engie bij afsluiting van Fase A heeft getekend (n.b. op de reikwijdte van de in de Verklaring Engie gemaakte uitzondering wordt hierna afzonderlijk ingegaan). Het doel was om aan het eind van Fase A te komen tot een uitvoerbaar c.q. maakbaar ontwerp, om eventuele klachten daarover van aannemers in Fase B en meerwerkclaims te voorkomen. De Universiteit en Heijmans hebben er in dit verband terecht op gewezen dat dit doel ook correspondeerde met de ontwerpver-

antwoordelijkheid van de installateur voor het detailontwerp in Fase A en B, zoals opgenomen in het Bestek algemene voorwaarden (zie hiervoor onder 2.7.) en voor de verschillende technische installaties in het Deelbestek technische installaties (zie hiervoor onder 2.8.).

4.5. Resumerend was het uitgangspunt van de gekozen contractvorm dat de installateur een resultaatsverplichting op zich nam ten aanzien van het uitvoeringsgereed bestek. Risico's voor fouten in het ontwerp of het bestek konden in beginsel niet meer bij de opdrachtgever worden gelegd, nadat Fase B eenmaal in opdracht was gegeven.

4.6. Hierna beoordeelt de rechtbank in hoe verre de Verklaring Engie afwijkt van het in de vorige alinea beschreven uitgangspunt.

Uitleg Verklaring Engie

4.7. De thans relevante passages uit de Verklaring Engie (zie ook hiervoor onder 2.17.) luiden:

'Hierbij verklaart Cofely West Nederland B.V. dat hij heeft geparticipeerd in fase A van de Nieuwbouw Bètacampus fase I Universiteit Leiden en dat hij gedurende fase A voldoende in de gelegenheid is gesteld en alles in het werk heeft gesteld om volledige afstemming en coördinatie te bewerkstelligen tussen de contractstukken. Hierbij verklaart Cofely West Nederland B.V. dat alle contractstukken (...) uniform, eenduidig, compleet en uitvoerbaar zijn, geen onderling tegenstrijdigheden, onduidelijkheden of omissies bevatten, volledig en naadloos op elkaar aansluiten, en derhalve binnen de overeengekomen aanneemsom en planning alsmede conform de kwaliteitseisen van de opdrachtgever kunnen worden uitgevoerd.

(...)

Indien, uit de door Cofely West Nederland B.V. te maken (detail)berekeningen, conform de uitgangspunten van het aanbestedingsdossier, blijkt dat er aantoonbare onjuistheden zitten in het ontwerp van adviseurs, welke leiden tot veranderingen in het detailontwerp in fase B, zulks door de directie vast te stellen, blijft de Universiteit Leiden primair verantwoordelijk voor het besteksontwerp en hieraan ten grondslag liggende basisberekeningen.

Cofely West Nederland B.V. verplicht zich met bovenstaande tot het tijdig melden van deze onjuistheden. De melding is tijdig in het geval gedaan gelijk na ontdekking en/of moment waarop dit redelijkerwijs had kunnen en/of moeten worden gezien en tevens minimaal 8 weken voor aanvang van de montagewerkzaamheden. Bij vaststelling van veranderingen in het detailontwerp zal de verandering als programmatische wijziging worden doorgevoerd en worden vergoed aan Cofely West Nederland B.V., mits tijdig gemeld door Cofely West Nederland B.V.

(...)

Het uitvoeren van het in de contractstukken vastgelegde werk leidt niet tot meerkosten, rekening houdend met bovenstaande nuancerings.

4.8. Volgens Engie is met de Verklaring Engie beoogd een 'wezenlijke wijziging' aan te brengen in de oorspronkelijke verklaring, die als bijlage 3 was gevoegd bij het Beheersplan in het aanbestedingsdocument. De Verklaring Engie stelt vergoeding van kosten voor meerwerk voorop, aldus Engie. Engie kan meerwerk claimen voor kosten 'voortvloeiend uit aanpassingen in het detailontwerp die werden veroorzaakt door aantoonbare onjuistheden in het ontwerp' of 'in het bestek'. Engie heeft recht op een additionele vergoeding indien bij de verdere uitwerking van het ontwerp in Fase B is gebleken dat er aantoonbare onjuistheden in het oorspronkelijk ontwerp zaten die noopten tot herontwerp c.a. aanpassingen in het oorspronkelijk detailontwerp. Engie verstaat daaronder, zo leidt de rechtbank af uit de in de dagvaarding beschreven cases, een veelheid aan veranderingen die volgens haar in Fase B in het oorspronkelijk ontwerp/bestek moesten worden aangebracht.

4.9. De Universiteit en Heijmans brengen daartegen in dat het contractuele uitgangspunt tussen partijen - resultaatsverplichting op het uitvoeringsbestek en daarom geen meerwerk als gevolg van fouten in het ontwerp (zie hiervoor onder 4.5.) - in de Verklaring Engie niet is verlaten. Met de Verklaring Engie hebben de Universiteit en Engie op het uitgangspunt 'geen meerwerk' slechts één, beperkt uit te leggen, uitzondering willen aanbrengen: meerwerk is slechts toegestaan indien Engie kosten heeft moeten maken als gevolg van onjuistheden in het ontwerp/bestek, die voortvloeien uit (basis)berekeningen van Arcadis, welke berekeningen in Fase A niet aan Engie ter beschikking zijn gesteld en die Engie in Fase A dus niet heeft kunnen controleren.

4.10. Daarmee rijst een vraag van uitleg van de Verklaring Engie. Bij de beoordeling stelt de rechtbank voorop dat de uitleg van een overeenkomst plaatsvindt aan de hand van de Haviltex-maatstaf. De vraag wat partijen zijn overeengekomen wordt niet enkel op grond van een zuiver taalkundige uitleg van de bewoordingen van de overeenkomst uitgelegd. Het komt aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de contractbepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

4.11. De rechtbank is van oordeel dat de Verklaring Engie beperkt moet worden uitgelegd, in die zin dat meerwerk slechts geclaimd kan worden in die gevallen dat Engie kosten heeft moeten maken als gevolg van onjuistheden in het ontwerp/bestek, welke onjuistheden zijn terug te voeren tot (basis)berekeningen van Arcadis, die in Fase A niet aan Engie ter beschikking zijn gesteld en die Engie dus niet heeft kunnen controleren. De rechtbank neemt daarbij de volgende omstandigheden in aanmerking.

4.12. Toen Engie inschreef op de aanbesteding wist zij dat van de installa-

teur een resultaatsverplichting ten aanzien van een compleet uitvoeringsbestek werd verwacht. In de conceptverklaring die als bijlage 3 bij het Beheersplan was gevoegd, was de clauseule met de resultaatsverplichting al opgenomen: de installateur zou er voor moeten tekenen dat de uiteindelijke contractdocumenten uniform, eenduidig, compleet, uitvoerbaar waren, zonder onderlinge tegenstrijdigheden, onduidelijkheden of omissies, volledig en naadloos op elkaar aansluitend, en derhalve binnen de overeengekomen aanneemsom en planning, alsmede conform de kwaliteitseisen van de opdrachtgever uitvoerbaar en dat het uitvoeren van het in de contractstukken vastgelegde werk niet zou leiden tot meerkosten.

4.13. Engie heeft in Fase A gedurende vele overleggen herhaaldelijk gewezen op fouten en onjuistheden in het ontwerp van Arcadis. Ook klaagde zij erover niet over basisberekeningen van Arcadis te kunnen beschikken, waardoor zij het oorspronkelijk bestek niet kon doorgronden en controleren (zie hiervoor onder 2.18 en 2.19).

4.14. Engie heeft met haar brief van 29 mei 2013 aan de Universiteit tekstvoorstellen gedaan voor het afronden van contractdocumenten voor Fase A, die inhouden - zakelijk weergegeven - dat, ongeacht de werkzaamheden van Engie in Fase A, de ontwerpaansprakelijkheid voor de Universiteit expliciet zou worden vastgelegd en dat Engie zou worden gevrijwaard voor schade als gevolg van ontwerpfouten. Engie heeft deze tekstvoorstellen in de brief onderbouwd door te wijzen op het ontbreken van (hoofd)berekeningen van Arcadis, waardoor Engie haar controlerende taak ten aanzien van het ontwerp/bestek niet kon uitvoeren: *'voor veel onderdelen wordt, ook na aandringen, de (hoofd)berekeningen, met inbegrip van de daarin gestelde en gehanteerde randvoorwaarden, door adviseur niet verstrekt. Op basis van de (hoofd) berekeningen zijn de keuzes voor opdrachtgever/adviseur bepaald ten aanzien van diverse componenten en systemen. Cofely heeft deze niet kunnen controleren en kan hiervoor dan ook niet verantwoordelijk zijn; alsmede componentselecties volgend uit de (hoofd) berekeningen en het ontwerp aldus reeds gedaan door adviseur op basis van deze (hoofd)berekeningen.*

Gezien bovenstaande, is Oprachtnemer niet verantwoordelijk voor de conclusies die uit nader te vervaardigen berekeningen zullen volgen en de mogelijk daarop noodzakelijk volgende wijzigingen die noodzakelijk zullen zijn om alle in het bestek bepaalde specificaties te behalen'.

4.15. Vast staat echter dat de Universiteit de desbetreffende tekstvoorstellen van Engie niet heeft aanvaard.

4.16. Net als in de brief van 29 mei 2013 heeft Engie in de daarop volgende correspondentie met de Universiteit (zie hiervoor onder 2.22.1 t/m 2.22.6), in het bijzonder de e-mail van 27 juni 2013 waarin Engie het tekstvoorstel

deed dat uiteindelijk zou worden opgenomen in de Verklaring Engie, consequent onder woorden gebracht dat zij, waar het ontwerpverantwoordelijkheid betreft, geen verantwoordelijkheid wenste te aanvaarden voor het ontwerp, waarvan zij de juistheid niet heeft kunnen controleren omdat zij geen (basis)berekeningen heeft ontvangen. Engie heeft dus, bij het bepleiten van een wijziging of aanvulling op de contractstukken, zelf steeds een verband gelegd met het niet kunnen beschikken over (basis) berekeningen van Arcadis.

4.17. In de Verklaring Engie is de clauseule met de resultaatsverplichting ten aanzien van de contractdocumenten gehandhaafd en is het tekstvoorstel van Engie als 'een nuance-ring' op het uitgangspunt 'geen meerwerk' opgenomen.

4.18. Uit de bewoordingen van de Verklaring Engie en de correspondentie die daaraan vooraf is gegaan trekt de rechtbank de conclusie dat Engie en de Universiteit de contractuele uitgangspunten 'resultaatsverplichting' en 'geen meerwerk' hebben gehandhaafd en dat daarop slechts een beperkte uitzondering is overeengekomen: meerwerk kon worden geclaimd voor zover dit terug te voeren was op het niet overleggen van (basis)berekeningen van Arcadis in Fase A. De Universiteit mocht dit ook zo begrijpen, nu Engie zelf consequent verband heeft gelegd tussen de ontbrekende (basis)berekeningen van Arcadis en de noodzaak van een uitzondering in de verklaring Engie. Voor alle overige fouten of onjuistheden in het ontwerp of het bestek is de resultaatsverplichting blijven gelden en kan Engie om die reden geen meerwerk claimen; nu de clauseule met de resultaatsverplichting is gehandhaafd heeft Engie in redelijkheid niet kunnen en mogen verwachten dat de Universiteit de contractuele uitgangspunten - 'resultaatsverplichting' en daarom 'geen meerwerk'- zou hebben losgelaten.

4.19. Het voorgaande betekent dat Engie slechts meerwerk kan claimen voor extra kosten, indien zij bij het uitwerken van het detailontwerp aan de hand van detailberekeningen stuitte op onjuistheden in het ontwerp, die Engie in Fase A niet heeft kunnen controleren omdat ze de daaraan ten grondslag liggende (basis)berekeningen van Arcadis niet heeft ontvangen. Het is aan Engie om aan te tonen dat aan die voorwaarde is voldaan.

Overige voorwaarden die volgen uit de Verklaring Engie

4.20. Tussen partijen is ook in geschil of een meerwerkclaim op grond van de Verklaring Engie nog aan andere voorwaarden moet voldoen. De Universiteit en Heijmans betogen (bijvoorbeeld) dat meerwerkclaims tijdig moeten worden ingediend, gelijk na ontdekking en tevens (8 weken) voor montage. Daarvoor dient de PW procedure te worden gevolgd. Volgens Engie vloeit uit de Verklaring Engie geen meldingsplicht

voort, althans is een (formalistisch) beroep op de meldingsplicht onredelijk en is het volgen van de PW procedure niet voorgeschreven.

4.21. Naar het oordeel van de rechtbank brengt een redelijke uitleg van de Verklaring Engie mee dat Engie een meldingsplicht had op grond waarvan zij tijdig, dat wil zeggen bij ontdekking en/of ruim voor montage, melding had moeten doen van onjuistheden in het ontwerp. In de Verklaring Engie is expliciet een meldingsplicht opgenomen. De rechtbank overweegt dat de ratio van de meldingsplicht van de onjuistheden in het ontwerp was dat de opdrachtgever zo tijdig in de gelegenheid zou worden gesteld om maatregelen te treffen om schade- en kostenbesparende maatregelen te treffen, waarmee niet afgeweken wordt van wettelijke meldingsplichten (vergelijk ook artikel 7:754 Burgerlijk Wetboek (BW)). Engie heeft in dit verband gesteld dat zij geen andere keuze had, dan tot herengineering over te gaan, omdat de te maken installatie anders niet aan het bestek had voldaan. Naar het oordeel van de rechtbank heeft Engie evenwel niet met voldoende concrete feiten onderbouwd dat zij in concrete gevallen geen tijdige melding heeft kunnen doen, voordat zij tot herengineering overging. De Universiteit en Heijmans hebben genoegzaam toegelicht dat na een tijdige melding over aantoonbare onjuistheden in het ontwerp, aan Arcadis opdracht had kunnen worden gegeven om herontwerpwerkzaamheden te verrichten, waarmee de Universiteit en Heijmans de schade (van bijvoorbeeld extra engineerkosten) hadden kunnen beperken.

4.22. Van Engie had ook mogen worden verwacht dat zij de hoogte van haar claims tijdig zou onderbouwen. Heijmans heeft in dit verband terecht gewezen op de analogie met de in 01.02.36 van het Bestek algemene voorwaarden opgenomen verplichting voor de aannemer om binnen twee weken na de aankondiging van een PW een gedetailleerde prijsaanbieding aan de directie ter goedkeuring voor te leggen (zie hiervoor onder 2.27). Een verplichting om tijdig een onderbouwde melding te maken is ook in lijn met de uit 7:755 BW voortvloeiende wettelijke verplichting van de aannemer om de opdrachtgever te waarschuwen voor meerwerk.

4.23. Dat partijen, in weerwil van de contractuele en wettelijke meldingsplicht, overeengekomen zouden zijn om aan de hand van een door Engie genoemde 'pragmatische methode' tot afrekening van haar meerkosten zouden overgaan, is niet komen vast te staan. Engie heeft rond het overleg van 19 november 2014 een 'pragmatische optie' voorgesteld, maar de Universiteit en Heijmans hebben daar niet mee ingestemd. De Universiteit heeft in een e-mail van 20 december 2014 nog gewezen op de voorwaarden uit de Verklaring Engie. Ook is in een brief van 6 februari 2015 gewezen op de noodzaak voor Engie om haar meerwerkclaim gedetailleerd, specifiek, en

verifieerbaar te onderbouwen voor de opdrachtgever en daarvoor de normale procedure voor programmatische wijzigingen te volgen. Ook Heijmans heeft Engie, onder meer in een brief van 18 februari 2015, erop gewezen dat haar meerwerkclaims dienden 'te voldoen aan de contractuele kaders' (zie ook hiervoor onder 2.25 e.v.).

De cases voldoen niet aan de voorwaarden

4.24. Naar het oordeel van de rechtbank heeft Engie in geen van de (in de dagvaarding besproken) cases 1 t/m 5 en 7 en (in de pleitnota besproken) case 16 gesteld, laat staan onderbouwd, dat zij bij het uitwerken van haar detailontwerp aan de hand van detailberekeningen stuitte op onjuistheden in het ontwerp, die zij in Fase A niet heeft kunnen controleren omdat ze de daaraan ten grondslag liggende (basis)berekeningen van Arcadis niet heeft ontvangen. Evenmin heeft Engie gesteld of onderbouwd dat zij tijdig een onderbouwde melding bij de Universiteit of Heijmans heeft gedaan van ontwerpfouten of van meerwerk, een en ander zoals hiervoor omschreven. In geen enkele case heeft Engie iets gezegd over niet door Arcadis verstrekte basisberekeningen, waardoor zij het oorspronkelijk besteksontwerp niet in Fase A heeft kunnen controleren. Ook stelt zij niets over tijdige, onderbouwde meldingen van meerwerk vóór montage. De Universiteit en Heijmans hebben gemotiveerd betoogd dat de meerwerkclaims in deze cases niet aan de daaraan te stellen voorwaarden voldoen. De rechtbank stelt op grond van het voorgaande vast dat genoemde cases niet aan de voorwaarden uit de Verklaring Engie voldoen. Bij deze vaststelling laat de rechtbank de bij de cases behorende productie 38 buiten beschouwing, omdat Engie zich er niet op beroept dat de hiervoor geformuleerde voorwaarden blijken uit deze productie (HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:404). Dit geldt ook voor de producties die betrekking hebben op cases 6 en 8 t/m 15, die Engie niet inhoudelijk heeft beschreven in de dagvaarding, de nadere akte of de pleitnota.

4.25. Uit het voorgaande volgt dat Engie niet aan de hand van de cases heeft kunnen aantonen dat haar een beroep op de (beperkte) uitzondering voor meerwerk uit de Verklaring Engie toekomt.

Aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid

4.26. Engie heeft nog een beroep gedaan op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Ook dit beroep kan niet slagen, gelet op het volgende.

4.27. De in randnummer 184 van de dagvaarding vermelde argumenten voor het beroep op deze grondslag (Engie had geen andere keus dan herontwerpen, tekst en doel van de verklaring Engie en ontwerpverantwoordelijkheid) heeft de rechtbank meegewogen in haar beoordeling hiervoor. De gestelde omstandigheden kunnen

niet leiden tot een geslaagd beroep op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.

4.28. Engie stelt verder dat de houding van de Universiteit en Heijmans belemmerd zou hebben om in Fase A de onjuistheden en inconsistenties in het ontwerp van Arcadis te signaleren. Naar het oordeel van de rechtbank heeft Engie dit standpunt onvoldoende onderbouwd. De rechtbank laat daarbij de door partijen overgelegde correspondentie in Fase A meewegen, zoals het verslag van Engie van 17 juni 2013 (zie hiervoor onder 2.22.1.). Daaruit blijkt onvoldoende dat Engie bij haar werkzaamheden in Fase A door de Universiteit en Heijmans zou zijn belemmerd.

4.29. Engie heeft als productie 52 overgelegd een rapport van bureau [...] van 16 mei 2017 getiteld 'analyse contractuele fase A naar fase B'. De rechtbank moet aan dit rapport voorbij gaan, omdat Engie niet duidelijk heeft gemaakt op welke fragmenten uit het rapport zij zich beroept.

4.30. Bij het oordeel dat een beroep op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid niet kan slagen neemt de rechtbank verder in aanmerking dat de Universiteit en Heijmans een ruim scala aan valide argumenten hebben aangevoerd tegen de door Engie overgelegde cases, zoals hierna zal worden besproken.

BIM model / wijzigingen nota's van inlichtingen / nadere detaillering

4.31. In iedere case heeft Engie een screenshot uit het BIM model uit 2010 vergeleken met een screenshot uit het BIM model waarmee Engie tijdens de uitvoering van haar detailontwerp in 2014 heeft gewerkt. Engie gebruikt deze vergelijking om fouten in het oorspronkelijke ontwerp van Arcadis aan te tonen.

4.32. De Universiteit en Heijmans hebben betoogd dat dit een onjuiste vergelijking is. Het BIM model uit 2010 is contractueel niet bindend en is tijdens de aanbesteding enkel ter informatie aan Engie is verstrekt. In 2010 is gecontracteerd op basis van 2D documentatie omdat toen nog niet alle componenten in het BIM model met de juiste afmetingen konden worden geselecteerd. In 2010 werd in het BIM model bijvoorbeeld nog een "algemeen rooster" geselecteerd om schematisch aan te geven dat een rooster aangebracht moest worden, maar voor de daadwerkelijke afmetingen van dat rooster moest Engie in de materiaalspecificaties behorende bij het bestek kijken. Soms stond in de materiaalspecificaties helemaal geen exacte maatvoering aangegeven, maar een maatvoering binnen bepaalde bandbreedtes; er stond bijvoorbeeld aangegeven dat een kanaal een afmeting mocht hebben tussen de 600 en 1000 mm. Engie diende tijdens haar detailontwerp zelf de juiste componenten met de juiste afmetingen te selecteren vallend binnen de door Arcadis aangegeven bandbreedtes zoals genoemd in de materiaalspecificatie (nadere detaillering). In het BIM

model uit 2010 konden geen componenten worden geselecteerd met afmetingen binnen bepaalde bandbreedtes (men moest een vaste afmeting selecteren). Om die reden is er voor gekozen om het BIM model contractueel niet bindend te maken. De Universiteit en Heijmans betogen voorts dat Engie in geen enkele Case heeft aangetoond dat de componenten die in de materiaalspecificaties zijn genoemd, niet hadden gepast. Bovendien betrof de taak om de juiste componenten te selecteren met de juiste afmetingen, binnen de door Arcadis gegeven bandbreedtes, nadere detaillering, een taak die op grond van de contractstukken aan Engie was opgedragen en waarvoor Engie geen aanspraak kon maken op een additionele vergoeding.

4.33. De Universiteit en Heijmans betogen verder dat in het BIM model uit 2010 niet alle technische wijzigingen zijn verwerkt uit de nota's van inlichtingen, in het bijzonder die uit de 4e nota, terwijl deze wijzigingen wel onderdeel uitmaakte van de overeengekomen werkzaamheden van Engie voor Fase B. Engie heeft voor de wijzigingen in de 4e nota van inlichtingen een additionele vergoeding gekregen van bijna € 1.000.000 en kan dus voor dezelfde wijzigingen niet nogmaals aanspraak maken op additionele vergoedingen. Engie heeft deze stellingen niet afdoende weersproken.

4.34. Naar het oordeel van de rechtbank heeft Engie, gelet op het gemotiveerde verweer van de Universiteit en Heijmans, niet met voldoende concrete feiten onderbouwd dat fouten in het ontwerp kunnen worden aangetoond aan de hand van screenshots uit het BIM model van 2010. Engie heeft er weliswaar op gewezen dat partijen in Fase A veelvuldig met het BIM model hebben gewerkt, maar daarmee heeft zij de in 4.32 en 4.33 weergegeven bezwaren van de Universiteit en Heijmans tegen een vergelijking met de screenshots van het BIM model 2010 niet weerlegd.

Programmatische Wijzigingen

4.35. In diverse cases heeft Engie volgens de Universiteit en Heijmans ten onrechte wijzigingen als gevolg van het doorvoeren van specifieke Programmatische Wijzigingen opgevoerd als een fout in het bestek. De Universiteit en Heijmans wijzen er op dat Engie voor elk van deze Programmatische Wijzigingen al een afzonderlijke meerwerkvergoeding heeft ontvangen (in totaal enkele miljoenen euro's) en Engie kan daarvoor dus niet nogmaals een additionele vergoeding claimen. Een voorbeeld van een omvangrijke programmatische wijziging is PW34. PW34 heeft in veel van de cases geleid tot extra werkzaamheden voor Engie. Engie heeft hiervoor een meerwerkvergoeding ontvangen van € 950.000.

4.36. Engie heeft dit verweer onvoldoende weersproken. Zij stelt dat Arcadis bij PW34 heeft nagelaten de consequenties van de wijzigingen tot op detailniveau uit te werken. De Universiteit en Heijmans hebben er echter terecht

op gewezen dat de procedure voor Programmatische Wijzigingen voorschreven dat Engie zelf in een offerte nader moest uitwerken welke engineering- en uitvoeringswerkzaamheden en welke materialen en componenten nog nodig waren (zie hiervoor onder 2.27). Nadat definitief op deze offertes voor de PW was beslist, kon Engie daar achteraf niet op terugkomen met aanvullende kosten.

Leanmethode

4.37. Engie claimt meerkosten omdat zij de Leanmethode niet heeft kunnen toepassen. De Universiteit en Heijmans hebben terecht betoogd dat het de eigen keuze en inschatting is geweest van Engie om Lean toe te passen en dat het niet is overeengekomen. De wijze van uitvoering blijft voor risico van de aannemer. Dat Engie de Leanmethode niet heeft kunnen toepassen, moet daarom voor haar eigen rekening blijven.

Conclusie in de hoofdzaak

4.38. Op grond van het voorgaande zullen de vorderingen van Engie worden afgewezen.

4.39. De overige wren van de Universiteit en Heijmans hoeven daarom geen verdere bespreking.
(...)

Conclusie in de vrijwaringszaken

4.45. Nu de vorderingen in de hoofdzaak zullen worden afgewezen, zullen de vorderingen in vrijwaringszaak I, II en III worden afgewezen. Aan de voorwaardelijk ingestelde vordering in reconventie in vrijwaringszaak II komt de rechtbank niet toe, omdat de voorwaarde niet is vervuld. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

Inleiding

1. Een aannemer die meerwerk vergoed wil hebben, zal moeten stellen dat er meerwerk is en bij betwisting de aanwezigheid van dit meerwerk ook moeten bewijzen.² Voorts dient het meerwerk door de opdrachtgever gewenst te zijn en dient de aannemer de opdrachtgever gewezen te hebben op de noodzaak tot een prijsverhoging, tenzij de opdrachtgever de noodzaak van de prijsverhoging uit zichzelf had moeten begrijpen.³

2. Het onderhavige vonnis is met zijn 31 pagina's op rechtspraak.nl relatief omvangrijk. Toch is de essentie van het geschil beperkt: het geschil gaat over de vraag of er sprake is van een wijziging van de verplichtingen van de installateur. Is er meerwerk of niet? Uiteindelijk lukt het de installateur niet om de rechter hiervan te overtuigen. De vorderingen van in totaal € 5.198.522 worden integraal afgewezen.

² Dit volgt uit de hoofdregel van het bewijsrecht art. 150 Rv.

³ Zie Asser/Van den Berg 7-VI 2017/142, 144 alsmede C.E.C. Jansen, *Aanmerking van werk*, Mon. BW B84 2013/42, 43.

3. Onderwerp van geschil is de nieuwbouw van de faculteit Wiskunde en Natuurwetenschappen voor de Universiteit Leiden: de Beta Campus. Het eerste deel van dit project omvat circa 40.000 m². Het totale project betreft 100.000 m². Niet enkel komen er onderwijsvoorzieningen en kantoren, ook worden uiteenlopende laboratoria gerealiseerd. Engie, voorheen Cofely genaamd, verzorgt de installatietechnische werkzaamheden. De contractvorm is een eigen vorm van eerst DNR 2005 en daarna de UAV-TI 1992.

Contractvorm: fasering

4. De Universiteit Leiden heeft gekozen om de uitvoerende partijen reeds in de voorbereidende fase te betrekken. Hiermee is getracht om een hoge mate van samenwerking te bewerkstelligen tussen de universiteit (opdrachtgever), bouwdirectie, architect, adviseurs alsmede uitvoerende partijen. In de aanbestedingsstukken⁴ is als doel van deze samenwerking benoemd dat er een optimaal bouwresultaat bereikt wordt door het realiseren van een vroegtijdige kennisoverdracht tussen de betrokken partijen, het beperken van faalkosten en het realiseren van integratie van uitvoeringskosten.

5. Om de beoogde samenwerking te bereiken heeft de universiteit de opdrachtverlening in twee delen geknipt: fase A en fase B. In fase A krijgt de installateur⁵ een opdracht onder toepasselijkheid van de DNR 2005. Dit is de ontwerpfase. Daarna komt de uitvoeringsfase: fase B. In deze fase wordt aan de installateur een opdracht verstrekt met toepasselijkheid van de UAV-TI 1992.

6. De DNR 2005 zijn algemene voorwaarden die bedoeld zijn om van toepassing verklaard te worden voor ontwerp- en advieswerkzaamheden. De DNR 2005 en de opvolger DNR 2011 (herzien 2013) worden onder andere gebruikt door architecten, constructeurs en adviseurs op divers vlak⁶. In fase A ontwerpt Engie de installaties. Het gebruik van de DNR 2005 voor deze fase is niet onlogisch, het betreft immers een fase waarin ontworpen moet worden. In deze fase gaat Engie voort op het werk van Arcadis. Arcadis heeft als installatieadviseur in het aanbestedingsdossier de uitgangspunten voor de verschillende technische installaties opgegeven. Arcadis heeft daarbij globale besteksberekeningen gemaakt.⁷

7. Na fase A komt fase B. Fase A wordt afgesloten met een verklaring van de installateur dat de diverse contractdocumenten uniform, eenduidig, compleet en uitvoerbaar zijn. Pas nadat deze verklaring is ondertekend door de installateur wordt overgegaan naar fase B. In de aanbestedingsstukken is opgenomen dat door het ondertekenen van deze verklaring er in fase B geen meerwerk meer kan zijn,

⁴ R.o. 2.5.

⁵ Op de overige contractspartijen zal niet worden ingegaan, omdat het vonnis dat besproken wordt gaat over de relatie tussen de installateur Engie en de Universiteit Leiden.

⁶ Bijvoorbeeld licht, warmte/koeling, epc, geluid, milieu, aanbesteding en alle disciplines die er zijn in de bouw.

⁷ R.o. 2.8.

behalve als er een programmawijziging is door de opdrachtgever.

8. In fase B is Engie de installateur, waarbij de traditionele contractvorm UAV-TI 1992 van toepassing is. Engie (als installateur) realiseert het ontwerp dat door Engie (als ontwerper) is gemaakt. Een gevolg hiervan is logischerwijs dat de installateur niet snel kan klagen over ontwerpfouten of omissies in het ontwerp die door de ontwerper zijn gemaakt. Engie zou dan immers klagen over Engie.⁸

Keuze contractvorm en contractvrijheid

9. Het uitgangspunt van het idee van de Universiteit Leiden is prima. Door vroegtijdig partijen te betrekken en verantwoordelijk te maken voor het ontwerp, waarbij partijen door de vroegtijdige betrokkenheid ook daadwerkelijk verantwoordelijk kunnen zijn, verminderen de discussies tijdens en na de uitvoering van het werk. Onder andere wordt bereikt dat de ontwerpwerkzaamheden afgestemd worden op elkaar en wie verantwoordelijk is voor deze afstemming en de ontwerpwerkzaamheden.

10. De annotator van dit vonnis in Bouwrecht, M.R. Lim⁹, betwijfelt of deze wijze van contracteren voor grote technische complexe projecten een voor de uitvoerende partij redelijke oplossing is. De risico's van een dergelijk project zijn door de opdrachtgever over de schutting gegooid. De installateur/aannemer lost het maar op, aldus Lim.

11. De door de universiteit gekozen manier van contracteren betekent inderdaad de facto het afschuiven van de risico's op de uitvoerende partij. Dit staat haar uiteraard vrij. De Universiteit Leiden heeft immers contractvrijheid.

12. Mocht de uitvoerende partij/installateur het evenwel onwenselijk vinden om dergelijke risico's op zich te nemen, dan moet zij eenvoudigweg niet inschrijven op het werk. Ook aan de zijde van de uitvoerende partij/installateur heerst contractvrijheid. Contractvrijheid is de vrijheid om desverkiezend verbintenissen aan te gaan, maar ook de keuze om geen verbintenissen aan te gaan.¹⁰ Eventueel kan de uitvoerende partij/installateur ervoor kiezen om wel in te schrijven, maar de risico's realistisch of gewoonweg hoog af te prijzen. Mogelijk krijgt ze dan het werk niet, maar in het geval ze het werk wel krijgt, dekt ze hiermee haar risico's tijdens het werk af. De uitvoerende partij/installateur heeft immers contractvrijheid: zij heeft de vrijheid om wel of niet

akkoord te gaan met deze contractvorm, inclusief de daarin opgenomen overdracht van risico's.

13. Opgemerkt wordt dat deze vorm van contracteren niet echt op samenwerken is gericht. De belangen zijn met name tegengesteld. Deze tegenstelling in belangen wordt niet door iedereen als positief ervaren. Mede om die reden is de marktvisie¹¹ opgesteld en deze wordt inmiddels breed gedragen. Strang¹² wijst erop dat samenwerking een positief effect heeft op het behalen van projectdoelstellingen. Iedere partij zal echter voor zich moeten afwegen in hoeverre in een concreet project het wenselijk is om op meer of minder samenwerking in te zetten. Ook dat valt onder de contractvrijheid.

Moeilijkheden in de ontwerpfase

14. Tijdens fase A, de ontwerpfase, loopt Engie ertegenaan dat zij onvoldoende inzicht van Arcadis krijgt in de uitgangspunten van het oorspronkelijk bestek en andere zaken. Daarnaast komt naar voren dat Engie van mening is dat Arcadis in deze fase nog werkzaamheden dient te verrichten, terwijl Arcadis meent voor deze werkzaamheden geen opdracht gekregen te hebben van de Universiteit Leiden. Eerst na enig aandringen van de Universiteit Leiden komt Arcadis in beweging. De uitgangspunten van het oorspronkelijke bestek, de hoofdberekening en de diverse basisberekeningen worden echter nooit aan Engie overhandigd door Arcadis.

15. Alvorens de uitvoeringsfase (fase B) in te gaan, dient de ontwerpfase (fase A) afgerond te worden. De ontwerpfase wordt afgerond met de verklaring van Engie dat de diverse contractdocumenten uniform, eenduidig, compleet en uitvoerbaar zijn. Hierdoor kan er geen meerwerk in de uitvoeringsfase meer optreden.¹³ Engie weigert deze verklaring af te geven. Engie motiveert deze beslissing met de mededeling dat zij niet kan toetsen hetgeen zij niet gekregen heeft. Het door middel van de 'verklaring geen meerwerk' verleggen van het mogelijke risico voor meerwerk naar haar vindt Engie onredelijk en ongepast.

16. De Universiteit Leiden en Engie hebben na enig overleg een aangepaste verklaring opgesteld. Met deze aangepaste verklaring blijft de universiteit verantwoordelijk voor onjuistheden in het ontwerp, het besteksontwerp en hieraan ten grondslag liggende basisberekeningen. Mochten hierin onjuistheden zitten, dan heeft Engie recht op meerwerk. Engie dient zulks wel aan te tonen en tijdig¹⁴ te melden.

8 Uitgesloten is deze mogelijkheid uiteraard niet. Wie maakt immers nooit fouten? Interessant is in dat geval dat op fase A de DNR 2005 met zijn vergaande exoneraties van toepassing is, terwijl op fase B de UAV-TI 1992 toepasselijk is die slechts beperkte exoneraties kent. In hoeverre deze discrepantie in de overeenkomst tussen Engie en Universiteit Leiden is geregeld, volgt niet uit het vonnis. Dit aspect was niet in geschil.

9 Rb. Den Haag 27 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11756, BR 2018/6, p. 56, m.nt. M.R. Lim.

10 J.H. Nieuwenhuis, *Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel*, in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 24.

11 De marktvisie is opgesteld door Rijkswaterstaat, het Rijksvastgoedbedrijf, ProRail, Bouwend Nederland, NL Ingenieurs, de Vereniging van Waterbouwers, MKB Infra, Uneto VNI en Astrin. Zie over de marktvisie uitgegeven www.marktvisie.nu.

12 H.P.C.W. Strang, *Toezicht en coördinatie in het bouwproces*, diss. TU Delft, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2018, par. 8.4, p. 247.

13 Behalve programmatische eisen zijdens opdrachtgever.

14 Op het tijdig melden, dat Engie niet heeft gedaan volgens de rechtbank, wordt niet verder ingegaan.

Moeilijkheden in de uitvoeringsfase

17. De uitvoering van het werk begint. Fase B vangt aan op 8 juli 2013. Het werk gaat niet soepel. De eerste bouwvergadering is op 5 september 2013 en reeds een maand later in de bouwvergadering van 13 oktober 2013 wordt gemeld dat Engie een achterstand heeft met het verstrekken van werktekeningen. Engie betoogt dat het ontwerp van de universiteit vele onjuistheden bevatte en dat zij daardoor meerkosten heeft moeten maken. Partijen komen er samen niet uit en Engie wendt zich tot de rechter.

18. In de gerechtelijke procedure voert Engie zestien casussen op waarmee zij wil aantonen dat er onjuistheden in het ontwerp van de Universiteit Leiden zitten. Deze onjuistheden zouden tot hogere kosten voor Engie hebben geleid. Op basis hiervan vordert Engie extra kosten voor herontwerpwerkzaamheden alsmede meer en duurder materiaal. Tevens vordert Engie meerkosten als gevolg van de grotere complexiteit.¹⁵

Ontwerpverantwoordelijkheid op basis contract

19. De eerste vraag die de rechtbank moet beantwoorden is de reikwijdte van de overeenkomst tussen Engie en de Universiteit Leiden. Engie stelt dat de universiteit eindverantwoordelijkheid draagt voor het ontwerp en daarom gehouden is het meerwerk van Engie te vergoeden. Engie wijst daarbij op de diverse bepalingen in de aanbestedingsdocumenten en de overige contractstukken, waaronder de DNR 2005 en UAV-TI 1992.¹⁶ Uit al die bepalingen volgt volgens Engie¹⁷ dat de (eind)ontwerpverantwoordelijkheid ligt bij de universiteit en niet bij haar. Dit lijkt een logische stelling. De DNR 2005 en UAV-TI 1992 gaan immers uit van een scheiding van ontwerp en uitvoering: de opdrachtgever is verantwoordelijk voor het ontwerp en dient de gevolgen te dragen van de fouten en de omissies in het ontwerp.

20. Deze stelling wordt niet gevolgd door de rechtbank. De rechtbank overweegt dat uit de contractstukken volgt dat voor dit werk uitdrukkelijk afstand is genomen van de traditionele contactvorm die een strikte scheiding

kent tussen enerzijds het ontwerp en anderzijds de uitvoering. De rechtbank overweegt verder dat de verplichtingen van Engie eveneens verder gaan dan die van een aannemer in een regulier bouwteamverband, die meedenkt over optimalisatie van een ontwerp zonder enige ontwerpverantwoordelijkheid op zich te nemen. De installateur had de taak om in fase A alle bestekken en bijlagen te beoordelen op uniformiteit, eenduidigheid, compleetheid, uitvoerbaarheid en eventuele discrepanties en waar nodig gedetailleerde opmerkingen aan te dragen. Dit betreft een resultaatsverplichting voor de installateur, aldus de rechtbank.

Uitzondering op resultaatsverplichting

21. De resultaatsverplichting van Engie in fase A zorgt ervoor dat er geen ruimte is voor meerwerk in fase B. Hierop zijn twee uitzonderingen. De eerste uitzondering is als de Universiteit Leiden een programmatische wijziging opdraagt. Indien de opdrachtgever een toevoeging of verandering wil in het overeengekomen werk is het logisch dat de aannemer recht heeft op extra betaling.¹⁸ De tweede uitzondering is opgenomen in de door de Universiteit Leiden geaccepteerde verklaring die Engie heeft afgegeven aan het einde van fase A. Met deze verklaring is namelijk de stringente overdracht van verantwoordelijkheden voor het ontwerp aan Engie ingeperkt.

22. Partijen verschillen van mening over de reikwijdte van de verklaring van Engie bij het einde van fase A. De verklaring dient uitgelegd te worden. De rechtbank hanteert hierbij de Haviltex-norm.¹⁹

Haviltex of CAO

23. Dat de rechtbank de verklaring van Engie uitlegt aan de hand van de Haviltex-norm, is correct. De toepassing van de Haviltex-norm leent zich voor een opmerking. Aanbestedingsdocumenten bij een openbare aanbesteding dienen namelijk uitgelegd te worden aan de hand van de CAO-norm.²⁰ Deze documenten hebben immers externe werking. Vanwege het toepasselijke transparantiebeginsel bij een openbare aanbesteding moeten alle voorwaarden en modaliteiten in het kader van een aanbe-

15 In r.o. 3.2. is de vordering van Engie in zeven onderdelen uitgesplitst. De rechtbank benoemt enkele van deze onderdelen verder niet expliciet, maar brengt deze zeven onderdelen onder in de drie onderdelen 'extra kosten voor herontwerpwerkzaamheden en meer en duurder materiaal', 'meerkosten als gevolg van de grotere complexiteit' en 'meerkosten als gevolg van het niet kunnen toepassen van de LEAN-bouwmethode'. Op de LEAN-bouwmethode wordt in deze noot niet verder ingegaan.

16 Engie verwijst ook naar de UAV 1989. Deze algemene voorwaarden lijken echter niet van toepassing op de contractuele relatie. Uit r.o. 2.26 volgt dat de UAV-TI 1992 van toepassing zijn. Mogelijk dat Engie ook verwijst naar de UAV 1989 vanwege de sterke verwevenheid van de UAV TI 1992 met de UAV 1989. De UAV-TI bestaan uit de UAV 1989 waarop - in verband met de specifieke aard van installatiewerk - een aantal wijzigingen en aanvullingen is geformuleerd. Zie F.H. van den Bercken, *Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken 1989 (UAV) waarin opgenomen het UAVTI 1992*, Den Haag: SDU Uitgevers 1995, p. 11.

17 R.o. 4.1.

18 Art. 7:755 BW, par. 36 UAV-TI 1992. Voor een extra betaling is uiteraard enkel ruimte indien de kosten van het werk stijgen. Bij een verandering van het overeengekomen werk kan het ook voorkomen dat het minderwerk betreft. Voorts dient de aannemer de opdrachtgever in beginsel tijdig te wijzen op de noodzaak van een prijsverhoging.

19 HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 m.n.t. Brunner (*Ermes c.s./Haviltex*).

20 Zie A-G Keus in zijn conclusie voor HR 7 juli 2017, ECLI:NL:PHR:2017:467 (*JBM Koeriers/Uva*) (81 RO beslissing). Zie voorts onder andere Hof Leeuwarden 20 november 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3635 (*Larcom/De Vier Gewesten*); Rb. Noord-Nederland 9 maart 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:836 (*Hoffman Outdoor/Groningen*) en Rb. Rotterdam 23 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10878 (*Maassluis/Connexion*). Zie over de uitleg van een na een aanbestedingsprocedure tot stand gekomen overeenkomst voorts C.E.C. Jansen, 'Uitleg van overeenkomsten die na een aanbestedingsprocedure tot stand zijn gekomen', *TBR* 2011/41 (Jaarrede Vereniging voor Bouwrecht). Jansen staat een benadering voor die de Haviltex-norm verenigt met de aanbestedingsrechtelijke uitlegnorm zoals die is ontwikkeld door het Hof van Justitie EU.

stedingsprocedure op een zodanig duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze geformuleerd zijn, dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en dat zij deze op dezelfde manier interpreteren.²¹

24. Onderdeel van de aanbestedingsdocumenten is een verklaring die door de installateur aan het einde van fase A afgegeven dient te worden. Engie heeft deze verklaring niet afgelegd. Engie heeft de verklaring aangepast. Deze aanpassing is in onderhandeling met de Universiteit Leiden gebeurd.²² Hiermee is het gebied van de openbare aanbesteding verlaten en zijn er geen belangen van derden meer in het spel bij deze verklaring, zodat de uitleg niet meer conform de CAO-norm moet geschieden. Het is nu juist logisch om alle omstandigheden van het geval een rol te laten spelen. De verklaring van Engie aan het einde van fase A dient met behulp van de Haviltex-norm uitgelegd te worden, zoals de rechtbank terecht overweegt in rechts-overweging 4.10.

Uitleg van verklaring fase A

25. De rechtbank betreft bij de beoordeling van de reikwijdte van de verklaring ook de gebeurtenissen voorafgaande²³ aan het afleggen van deze verklaring door Engie. Daaronder de aanbestedingsstukken, de diverse overleggen en de correspondentie. Relevant zijn ook de voorstellen die aan het einde van fase A door partijen zijn gedaan. De rechtbank komt tot het oordeel dat de verklaring aan het einde van fase A beperkt moet worden uitgelegd. Dit betekent dat Engie slechts meerwerk kan claimen voor extra kosten, indien zij bij het uitwerken van het detailontwerp aan de hand van detailberekeningen stuitte op onjuistheden in het ontwerp, die Engie in fase A niet heeft kunnen controleren omdat ze de daaraan ten grondslag liggende (basis)

berekeningen van Arcadis niet heeft ontvangen. Het is aan Engie om aan te tonen dat aan die voorwaarden is voldaan.²⁴

Onderbouwing

26. Engie heeft ter onderbouwing van haar claim zestien casussen ingebracht. Niet alle casussen zijn door de advocaat van Engie besproken. Van de casussen 6 en 8 tot en met 15 heeft Engie enkel producties ingebracht, maar inhoudelijke bespreking in de dagvaarding of pleitnota achterwege gelaten. De rechtbank laat deze producties om die reden buiten beschouwing. Het is niet aan de rechtbank om op eigen kracht in de overgelegde producties onderbouwing van een standpunt van een partij te vinden.²⁵

27. De overige casussen zijn wel besproken door Engie, zodat de rechtbank hierover een inhoudelijk oordeel vormt. Dit oordeel is voor Engie niet positief. Naar het oordeel van de rechtbank heeft Engie bij geen van de casussen gesteld, laat staan onderbouwd, dat bij het uitwerken van haar detailontwerp aan de hand van detailberekeningen zij stuitte op onjuistheden in het ontwerp, die ze in fase A niet heeft kunnen controleren omdat ze de daaraan ten grondslag liggende (basis)berekening van Arcadis niet heeft ontvangen.²⁶ Alleen op die grond kan Engie immers nog meerwerk vorderen, gezien de reikwijdte van de door Engie afgegeven verklaring aan het einde van fase A. De vorderingen van Engie worden vervolgens integraal afgewezen.

Slot

28. Engie vordert meerwerk, maar kan niet goed uitzetten waarom het meerwerk is. Tevens kan zij dit vermeende meerwerk niet onderbouwen. De vordering wordt als logisch gevolg hiervan afgewezen.

F.M. van Cassel - van Zeeland

21 Hof Arnhem-Leeuwarden 1 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5273 (-/ Assen). Zie ook HvJ EG, 29 april 2004 C-496/99, *Succhi di Frutta*. Zie over het gebruik van externe bronnen J.H.J. Bax in zijn annotatie bij Rb. Gelderland 7 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3275, *TBR* 2017/186, p. 1254-1261.

22 In hoeverre het leerstuk van de wezenlijke wijziging hier toepassing zou kunnen hebben, wordt buiten beschouwing gelaten.

23 Verklaringen kunnen soms pas goed begrepen worden, indien men weet wat daaraan vooraf is gegaan. Zie HR 12 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9430, *NJ* 2001/199 (*Steinbusch/Van Alphen*); Valk in: Schelhaas en Valk, *Uitleg van rechtshandelingen, preadvies Vereniging voor Burgerlijk recht 2016*, p. 25, 26 alsmede T.H. Tanja - van den Broek, 'Een kwestie van uitleg', *WPNR* 6493 (2002), p. 431.

24 R.o. 4.19.

25 H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/45; A-G J. Spier in zijn conclusie voor HR 18 oktober 2013, ECLI:NL:PHR:2013:835 (4.17.1). Zie ook Hof Den Haag 21 januari 2016 ECLI:NL:GHDHA:2016:6.

26 R.o. 4.24.