



Dit document is afgedrukt via IBRTracker op 11-9-2017 en uitsluitend bedoeld voor licentiehouder
b.veen@shadv.nl.

Bemalingsperikelen (/actualiteit/12784[1])

Deel deze actualiteit (https://twitter.com/intent/tweet?text=Bemalingsperikelen%20&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/12784) (https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/12784&title=Bemalingsperikelen%20&source=IBRTracker) (https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/12784&t=IBR Tracker%20Bemalingsperikelen%20) (mailto:?subject=IBR Tracker Actualiteit delen&body=Ik vond deze actualiteit in IBR Tracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/actualiteit/12784)

Actualiteiten Bouwrecht

Nieuws

Bemalingsperikelen

Publicatiedatum: 08-10-2014

Bij vonnis van 17 september 2014 (geschilnr. 71.896) hebben appèlarbiters zich gebogen over een kwestie tussen een gemeente – als opdrachtgever – en een aanneemster – als opdrachtnemster – van de nieuwbouw van een zwembad. De gemeente was in appèl gekomen van het op 23 mei 2013 in eerste aanleg gewezen vonnis (geschilnr. 33.557). Het geschil spitst zich ook in appèl toe op de vraag voor wiens rekening en risico de gebleken noodzaak tot het toepassen van continue bronbemaling komt. Het andere geschilpunt heeft betrekking op het al dan niet gelijkwaardig zijn van door aanneemster voorgestelde dakbeplating en -isolatie.

Voor het beantwoorden van de eerste vraag plaatsen appèlarbiters bestekparagraaf 05.04 centraal. In r.o. 27 van het vonnis in appèl behandelen zij de standaardjurisprudentie inzake de uitleg van contracten aanhalen (zonder overigens expliciet te verwijzen naar "Haviltex" (HR 13 maart 1981, LJN AG4158) en "Lundiform/Mexx" (HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101)). Meer specifiek ten aanzien van de omstandigheid dat dit werk is aangenomen in het kader van een aanbesteding overwegen appèlarbiters dat over het bestek dat aan de overeenkomst ten grondslag ligt de aanneemster als inschrijver weliswaar vragen heeft kunnen stellen maar niet heeft kunnen onderhandelen; appèlarbiters geven dan ook terecht bij de uitleg van het bestek gewicht toe aan de naar normaal spraakgebruik meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de bewoordingen in het bestek en de aanverwante documenten.

Aan de hand van een uitgebreider onderzoek dan in eerste aanleg komen appèlarbiters vervolgens tot de conclusie dat bestekparagraaf 05.04 aanneemster slechts aanleiding gaf om rekening te houden met de daarin specifiek omschreven drainage.

Vervolgens geeft deze uitspraak – en in mindere mate die in eerste aanleg – weer eens aan hoe belangrijk het formuleren van bestekparagrafen is en de combinatie c.q. samenhang tussen de bestektekst en de bij het bestek behorende bijlagen.

Uit de bij het bestek gevoegde rapporten zou blijken, dat ter plaatse van het werk wel degelijk rekening zou moeten worden gehouden met een fluctuerende grondwaterstand, waardoor tijdens de uitvoering mogelijk bemaald zou moeten worden. Aanneemster heeft met succes aangevoerd dat het bestek echter van later datum is dan de rapportages en de gemeente ondanks het gestelde in die rapportages uitsluitend drainage heeft voorgeschreven.

De gemeente voerde verder aan dat bestekparagraaf 05.04 ruimer zou moeten worden uitgelegd dan enkel betrekking hebbend op de daarin omschreven drainage; deze paragraaf verplicht aanneemster om onder andere in overleg te treden met bevoegde gezagen om onderzoek te doen naar de situatie ter plaatse, naast het controleren van het ontwerp aan de hand van grondparameters en waterstanden op het moment van start bouw. Appèlarbiters stellen dat deze passages "ten overvloede" zijn gepresenteerd, derhalve in nadere aanvulling op de expliciet in bestekparagraaf 05.04 omschreven drainage. Terecht passeren appèlarbiters dan ook dit verweer.

Daar komt nog bij dat de gemeente zelf in de 2e Nota van Inlichtingen op de vraag van een inschrijver of een lozingsvergunning is aangevraagd c.q. voorhanden is – die noodzakelijk was voor het mogen toepassen van bemaling – heeft geantwoord dat voor de bouw in principe geen bemaling noodzakelijk is, tenzij er een extreem hoge waterstand is. Als daarvan sprake zou zijn dan zou bemaling plaatselijk wel noodzakelijk zijn, maar de hoeveelheid te lozen water beperkt en zou kunnen worden volstaan met een melding, aldus de gemeente. Appèlarbiters voegen in dit kader eraan toe dat voor zover er bronbemaling noodzakelijk zou zijn uit deze passage blijkt dat de gemeente van mening was dat alsdan kon worden volstaan met een melding. Ook dit levert geen aanknopingspunt voor aanneemster om aan te nemen dat continue bronbemaling noodzakelijk zou zijn.

De gemeente brengt verder het schenden van de precontractuele waarschuwingsplicht door aanneemster in stelling. Als al sprake zou zijn van een evidente fout in het bestek gezien de bijgevoegde rapporten, had de door de inschrijver gestelde vraag over de lozingsvergunning volgens appèlarbiters de gemeente op zijn minst aanleiding moeten geven om zich af te vragen of iets anders dan de beschreven drainage noodzakelijk was. Appèlarbiters zien hierin – mijns inziens terecht – een voldoende waarschuwing dat er mogelijk een reden was om iets anders dan drainage in bestekparagraaf 05.04 voor te schrijven, althans een mogelijkheid voor meer dan drainage open te laten.

Ook de verwijzing door de gemeente naar een onderzoeksverplichting voorafgaand aan gunning en op basis van de in het bestek opgenomen onderzoeksverplichting helpt haar naar mijn mening terecht niet. Een onderzoeksverplichting tijdens de inschrijving moet immers expliciet en ondubbelzinnig zijn opgenomen, bij gebreke waarvan een dergelijke verplichting niet op de inschrijvers rust. De wel in het bestek opgenomen onderzoeksverplichting in de vorm van het zich ter plaatse oriënteren teneinde een juist beeld te verkrijgen van de grond- en terreinwerkzaamheden geldt sowieso eerst na gunning, maar omvat ook in de ogen van appèlarbiters terecht niet het doen van grondwateronderzoek. In dat kader had aanneemster bovendien haar werk goed gedaan door bij de start van de bouw proefsleuven te graven, waaruit direct bleek dat er iets loos was.

De door de gemeente opgevoerde verweren dat aanneemster te laat met haar werkzaamheden zou zijn gestart, vinden ook bij appèlarbiters geen gehoor. De gemeente had aangevoerd dat aanneemster het risico van fluctuerende grondwaterstanden aan zichzelf te wijzen had door later te beginnen met haar werkzaamheden dan had gekund.

Dit aspect valt uiteen in de eerste vraag of aanneemster inderdaad – verwijtbaar – te laat is gestart en de vraag of de grondwaterstand maatgevend is voor de opgetreden problematiek.

In lijn met het vonnis in eerste aanleg oordelen appèlarbiters dat aanneemster met voldoende voortvarendheid met haar werkzaamheden is aangevangen. Appèlarbiters nemen daartoe de feitelijke planning ter hand en constateren dat de in gezamenlijk overleg tussen de gemeente en aanneemster overeengekomen startdatum van het werk kort voor de bouwvak was gelegen. In de gegeven omstandigheden had aanneemster zich logischerwijze beperkt tot enkele voorbereidende werkzaamheden, waarmee zij na ommekomst van de bouwvak weer is voortgegaan. De noodzaak tot bronbemaling bleek vervolgens vrijwel direct na het starten van het “echte werk”. Vervolgens is vertraging opgetreden door het vergunningentraject dat noodzakelijk bleek om te mogen bemalen; ook hier passeren appèlarbiters terecht de stelling van de gemeente dat aanneemster hoe dan ook met vier weken vergunningsvertraging zou hebben moeten rekening houden, indachtig de mogelijkheid van een melding. Daarvan zeggen appèlarbiters dat ook volgens de gemeente slechts in bijzondere omstandigheden sprake zou kunnen zijn van de noodzaak tot het doen van een melding, met welke bijzondere omstandigheden aanneemster geen rekening behoefde te houden. Nog daargelaten dat daarmee niet automatisch vaststaat dat het aanvragen van een melding en de daarmee gemoeide vertraging voor rekening en risico van aanneemster zou komen.

De stellingen van de gemeente dat aanneemster getalmd heeft met het aanvragen van een vergunning c.q. in die procedure een foute aanvraag zou hebben ingediend en dat zij bouwmaterialen verwijtbaar te laat zou hebben besteld, passeren appèlarbiters als onvoldoende onderbouwd.

De tweede vraag betreft de oorzaak van de noodzaak tot het toepassen van continue bronbemaling. Ook hier gaan appèlarbiters met het vonnis in eerste aanleg mee en oordelen zij dat niet zo zeer de grondwaterstand maatgevend is, doch dat de bemalingsnoodzaak voornamelijk is gelegen in de invloed van de watervoerende lagen die het grondwater afvoeren. Daarmee oordelen appèlarbiters dat het standpunt van de gemeente dat de aanneemster te laat met haar werkzaamheden is gestart, en daarmee het risico van bemaling over zich af heeft geroepen, geen stand houdt.

Net als in eerste aanleg oordelen appèlarbiters dan ook dat de noodzaak tot het toepassen van continue bronbemaling binnen de risicosfeer van de gemeente ligt. De in het bestek beschreven toestand bleek immers anders in de praktijk en leidde volgens appèlarbiters tot een situatie waarin meer van de aannemer verlangd werd dan redelijkerwijs van hem verlangd mocht worden. Aanneemster heeft aanspraak op bijbetaling ex § 29 lid 3 UAV-89. Vervolgens komen appèlarbiters toe aan de door arbiters in eerste aanleg aan aanneemster toegewezen “bijbetaling” van circa € 590.000,-.

Allereerst krijgt de gemeente overigens het verwijt dat zij pas in appèl inhoudelijk verweer gevoerd heeft tegen de vorderingen van aanneemster. Dit vertaalt zich in het feit dat appèlarbiters in de uitkomst van dit hoger beroep geen aanleiding zien de proceskostenveroordeling in eerste aanleg te herzien, ook al leidt het in appèl gevoerde verweer van de gemeente tot het naar beneden bijstellen van de aan aanneemster toe te wijzen vergoeding. Die ruimte hebben arbiters, en zij maken daar ook nu gebruik van.

Appèlarbiters staan vervolgens stil bij de posten waaruit de door aanneemster – overigens in hoger beroep naar boven bijgestelde – ingestelde vordering bestaat. Terecht passeren appèlarbiters het verweer van de gemeente dat gebaseerd is op besteksparagrafen die betrekking hebben op de

afrekening van meerwerk; veel van dat soort bepalingen limiteren de aanspraken van aannemers in dat kader. Immers, een succesvol beroep op § 29 UAV-89 leidt tot bijbetaling, hetgeen niet hetzelfde is als meerwerk.

Aanneemster heeft haar vordering in appèl vermeerderd. De gemeente heeft daartegen bezwaar gemaakt, overigens ook al tegen een eerdere eiswijziging in eerste aanleg.

Zowel in eerste aanleg, als in appèl oordelen arbiters terecht dat een verweer tegen een eiswijziging eerst succesvol is, als vaststaat dat de partij die zich verweert onvoldoende gelegenheid heeft gehad om zich over deze eiswijziging uit te laten en de eiswijziging als zodanig door arbiters niet onredelijk wordt geoordeeld. In beide gevallen vangt de gemeente bot.

Echter, aanneemster ook.

Ging aanneemster in eerste aanleg nog uit van de concreet gemaakte algemene bouwplaatskosten – gerelateerd aan de gevorderde en toegewezen 15 weken bouwtijdverlenging – is zij in appèl uitgegaan van de in de begroting opgenomen algemene bouwplaatskosten en heeft zij deze teruggerekend naar een bedrag per week. Ook wordt thans een vergoeding voor onderdekking op AK, winst en risico gevorderd.

Tegen dit vaste bedrag per week aan ABK voert de gemeente aan de hand van een deskundigenrapport met succes aan dat het niet redelijk is om de volledige bouwplaatskosten, in het bijzonder de niet-tijdgebonden kosten, gedurende de hele periode dat het werk stil heeft gelegen van de gemeente te vorderen. Dit rapport bevat ongetwijfeld argumenten die erop neerkomen dat de grondwerkers en andere werklui, alsmede werkvoorbereiders en de projectleider, eenvoudig elders kunnen worden ingezet. Appèlarbiters nemen echter wat mij betreft wel heel 'snel' – op grond van een enkele zinsnede – aan dat deze mensen *'na verloop van tijd redelijkerwijs kunnen worden ingezet op een ander werk.'* Hoewel deze verplichting voor aanneemster gegrond is op haar schadebeperkingsplicht, is de blote aanname van appèlarbiters zeker in de huidige marktomstandigheden te makkelijk, en is het de vraag of die inzet elders binnen 15 weken had kunnen worden gerealiseerd. Wellicht had het overigens gescheeld als aanneemster in eerste aanleg al voor een vast bedrag aan ABK per werk had gekozen.

Appèlarbiters knopen vervolgens aan bij het door aanneemster in eerste aanleg gevorderde bedrag. De eiswijziging ter zake de gederfde AK, winst en risico heeft wel succes, maar niet volledig; aanneemster heeft geen inzicht gegeven in de voor dit project begrote kosten, doch is uitgegaan van een vergelijkbaar project. Om die reden komen appèlarbiters tot een – niet onredelijk – percentage van 10% onderdekking, te berekenen over de in dit kader toegewezen kosten. De door de aanneemster gevorderde meerwerktoeslag wordt eveneens afgewezen, om dezelfde reden als het verweer van de gemeente ter zake de AK, winst en risico; er is sprake van bijbetaling en niet van meerwerk.

Tot slot zijn appèlarbiters, net als arbiters in eerste aanleg, snel klaar met de door aanneemster gevorderde meerkosten ter zake de door haar voorgestelde gewijzigde dakbeplating en -isolatie. Hoewel appèlarbiters er – terecht – met aanneemster vanuit gaan dat bij de beoordeling van gelijkwaardigheid uitsluitend de objectief kenbare eigenschappen van belang zijn, heeft aanneemster ook in de ogen van appèlarbiters onvoldoende aangetoond dat sprake is van een gelijkwaardig product. De vorderingen van aanneemster ter zake worden dan ook afgewezen.

Mr. B.R. (Bard) van Veen

<http://www.severijnhulshof.nl/> (<http://www.severijnhulshof.nl/>)

Scheidsgerecht: mr. K.E. Mollema, ing. N.T.J. Bolten en ir. A. Renema

Gemachtigden appellante in principaal appel, geïntimeerde in incidenteel appel, de gemeente: mr. H.C. Lejeune, mr. D.M.J. Dexters en mr. K.M.J.A. Smitsmans

Gemachtigde geïntimeerde in principal appel, appellante in incidenteel appel, aanneemster: mr. L.W.J.P.F. Einig

Bron: RvA 17 september 2014, No. 71.896

Brondatum: 17-09-2014

Deel deze actualiteit (https://twitter.com/intent/tweet?text=Bemalingsperikelen%20&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/12784)
(<https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/12784&title=Bemalingsperikelen%20&source=IBRTracker>) (<https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/actualiteit/12784&t=IBRTracker%20Bemalingsperikelen%20>) ([mailto:?subject=IBRTrackerActualiteitdelen&body=Ik vond deze actualiteit in IBR Tracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/actualiteit/12784](mailto:?subject=IBRTrackerActualiteitdelen&body=IkvonddezeactualiteitinIBRTracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/actualiteit/12784))