

Aanneming van werk

BR 2019/57

Raad van Arbitrage voor de Bouw 22 februari 2019, nr. 36.154
(K.E. Mollema, N.J. de Vries en F. Sperling)
m.nt. E.L.B. van Eck¹

(Art. 6:58, 6:59, 6:63, 6:74, 6:97, 6:119 BW)

UAV-GC 2005. Stelplicht, substantiëringsplicht en waarheidsplicht. Geen back-to-back karakter onderaannemingsovereenkomst. Omvang leveringsplicht onderaannemster. Oplevering. Rechtsverwerking. Wijzigingen. Kostenvergoeding en/of termijnverlenging.

SCHEIDSRECHTERLIJK VONNIS

in een geschil tussen

A.,
hierna te noemen "onderaannemster",
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
gemachtigden: mrs. A.E. Broesterhuizen en S.S. Schouten,
beiden advocaat te Deventer,
en

1. de vennootschap onder firma

B.,

2. C.,

3. D.,

hierna gezamenlijk in enkelvoud te noemen "hoofdaannemster", dan wel afzonderlijk in enkelvoud te noemen "hoofdaannemster sub 1", "hoofdaannemster sub 2" en "hoofdaannemster sub 3",
verweersters in conventie,
eiseressen in reconventie,
gemachtigden: mr. E. Beele, advocaat te Tilburg en mr. ing. A. van Woerkom, advocaat te Nijmegen.

(...)

DE GRONDEN VAN DE BESLISSING

in conventie en in reconventie

de bevoegdheid

4. De bevoegdheid van arbiters tot beslechting van dit geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. In paragraaf 47 lid 2 van de toepasselijke Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contractvormen (UAV-GC 2005) is een arbitraal beding opgenomen dat verwijst naar de Raad en zijn statuten/arbitragereglement. Van toepassing is het arbitragereglement van 27 mei 2006. Arbiters zullen op grond van dat reglement beslissen als goede mannen naar billijkheid.

enkele feiten

5. Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd weersproken en gelet op de inhoud van de in het geding gebrachte producties, voor zover niet betwist, staat tussen partijen onder meer het volgende vast:

- a. De gemeente X. (hierna: "de gemeente") en hoofdaannemster hebben op 20 oktober 2011 een aannemingsovereenkomst gesloten strekkende tot ontwerp, ontwikkeling en realisatie van een nieuw poppodium ("E."), studentenwoningen ("F."), een rijwielstalling en enkele openbare ruimtes ("G.") op het voormalig H. aan het I. te X. (hierna: "het Project"). Op deze overeenkomst zijn van toepassing verklaard de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contractvormen (UAV-GC 2005), met dien verstande dat bijlage 2 van de overeenkomst diverse afwijkingen op de UAV-GC 2005 bevat.
- b. In het kader van de aanbesteding van het Project heeft hoofdaannemster een Voorlopig Ontwerp (VO) vervaardigd, dat zij vervolgens heeft uitgewerkt tot een Definitief Ontwerp (DO). De derde versie van het DO d.d. 28 september 2012 is op 12 oktober 2012 door de gemeente (voorwaardelijk) geaccepteerd (hierna: "het DO").
- c. Op basis van "het DO" heeft hoofdaannemster het ontwerp van de W(werktuigbouwkundige) en E(elektrotechnische) installaties door J. (hierna: "J.") verder laten uitwerken in een technisch bestek (hierna: "het bestek K."). Het bestek K. dateert van 26 oktober 2012.
- d. Hoofdaannemster heeft aan diverse installateurs, waaronder onderaannemster, een offerteaanvraag voorgelegd voor het maken van een aanbidding voor de W(werktuigbouwkundige) en E(elektrotechnische) installaties van het Project. Daarbij heeft hoofdaannemster onder meer aan onderaannemster verstrekt het document getiteld: "Uitgangspunten offerte aanvraag werktuigkundige en elektrotechnische installaties het werk I.. Versie 01-11.2012". In de offerteaanvraag wordt onder meer verwezen naar het bestek K.. De offerteaanvraag bevat geen demarcatiebepaling.
- e. Hoofdaannemster heeft aan onderaannemster verstrekt de technische delen van het Programma van Eisen van de gemeente (Deel 1 [E.], Deel 2 [F.], deel 3 [G.] en deel 4 [overkoepelend]).
- f. Tijdens de onderhandelingen zijn een aantal aanvullingen en wijzigingen ten opzichte van het bestek K. doorgevoerd. Deze aanvullingen zijn vastgelegd in Nota's van Wijzigingen E- en W- installaties van 8 november 2012 en 23 november 2012, alsmede in het verslag Overleg Installaties E. en het Verslag Overleg Installaties F., beide gedateerd 23 november 2012.
- g. Naar aanleiding van de offerteaanvraag en de door partijen gevoerde onderhandelingen heeft onderaannemster op 7 december 2012 aan hoofdaannemster een offerte verstrekt, waarbij onderaannemster aanbood het werk uit te voeren tegen een prijs van € 6.194.649,67 exclusief btw.

¹ E.L.B. van Eck is advocaat bij CMS.

- h. Hoofdaannemster vond de door onderaannemster geoffreerde prijs te hoog en heeft onderaannemster bij e-mail van 21 december 2012 verzocht te zoeken naar kostprijs verlagende alternatieven. In deze e-mail is onder meer het volgende vermeld:

“Hierbij zoals afgesproken de mogelijke alternatieven voor het project I. te X.:

(...)

Zoals afgesproken dienen jullie het bestek van J. te zien als een suggestie. De basis voor het contract dienen de programma's van eisen te zijn met de GPR en EPC berekening. Veel succes met het zoeken naar kostprijs verlagende alternatieven. En tot bij onze afspraak in week 2, 2013.”

- i. Onderaannemster heeft vervolgens een prijs geoffreerd van € 4.500.000,00. Tijdens een bespreking hebben partijen uiteindelijk overeenstemming bereikt over een prijs van € 4.300.000,00 exclusief btw. Het betreffende onderhandelingsverslag dateert van 17 januari 2013 (hierna: “het onderhandelingsverslag”).
- j. In het onderhandelingsverslag is onder meer het volgende vermeld:

“1. *Van toepassing zijnde documenten*

De volgende documenten zijn van toepassing. Indien onderdelen tegenstrijdig zijn, is de rangorde aflopend overeenkomstig onderstaande documenten.

X Deze vastlegging incl. vermelde stukken en de in par. 10 vermelde bijlage(n).

X Offerteaanvraag van B. als bijgevoegd d.d. 01-11-2012. Incl. de hierin vermelde bescheiden.

X Bestek

X Onderaannemingsovereenkomst en Algemene voorwaarden van onderaanneming en leveranties en in de overeenkomst genoemde zaken als bijgevoegd; opsommingen geven de volgorde van belangrijkheid aan.

(...)

X Tijdschema 15-01-2013

X U.A.V. GC-2005

(...)

X Prioriteiten:

(...)

2. Programma van Eisen (is contract van B.).

3. Bestek en tekeningen J..

(...)

X Demarcatielijst d.d. 16-01-2013 (Raakvlakken Lijst)

2. *Omschrijving van de opdracht*

Het ontwerpen, leveren, monteren en bedrijfswaardig opleveren van werktuigbouwkundige en elektrotechnische installaties.

3. *Werkmethodiek (fasering, volgorde etc.)*

X Nader af te stemmen met hoofdaannemer, in overeenstemming met aard en omvang van het project

X Als volgt: Planning 15.01.2013

(...)

7. *Planning en informatie*

Alle planningsdata zijn fatale data, Paragraaf 26.5 UAV e.v. is uitdrukkelijk uitgesloten.

(...)

7.2 Uitvoeringstermijnen

aanvang werkzaamheden 15-02-2013

werkzaamheden

gereed/einddatum 06-05-2014

tussentijdse mijlpalen 19-12-2013

opl. Gereed E. incl. inregelen en testen

(...)

7.3. H. Oplevering en nazorg

7.3.1 Opleveringsdocumenten; opdrachtnemer verstrekt de navolgende documenten

omschrijving wanneer oplevering aan B.

X revisietekeningen bij oplevering

7.3.2 Opleveringskeuring en beproeving

Opleveringskeuring en -beproeving vinden plaats conform het daarover in par. 9 en 10 van de UAV bepaalde, waarbij voor directie B. en voor aannemer de opdrachtnemer dient te worden gelezen met inachtneming van de volgende zin. B. kan haar goedkeuring onthouden aan het (deel van het) werk indien en zolang haar opdrachtgever haar deze onthoudt.

7.4. Voor het werk geldt een onderhoudsperiode van conform PVE

(...)

8.3 CAR- verzekering

Voor de CAR-verzekering wordt de opdrachtnemer verwezen naar bijgevoegd contract geregeld.

Als volgt opdrachtnemer valt onder CAR vd OG. Eigen risico van € 2.500,=/p. gebeurtenis.

(...)

9.7 Korting voor vertraging

Onverminderd het recht van de algemene aannemer op vergoeding voor alle geleden en nog te lijden schade geldt dat, voor elke fatale datum die niet wordt nagekomen, de opdrachtnemer per kalenderdag vertraging een boete van 0,5% van de contractwaarde van de totale opdracht verschuldigd is.

(...)

10. *Bijlagen*

X Algemeen tijdschema 15-01-2013

X Garantiemodel

X Afspraken bouwplaatsvoorzieningen Logistiek plan

X lijst van bijlagen W=E d.d. 16.01-2013

X Dokumentenplanning (...)

X Demarcatie L.

X Raakvlakkenlijst

X Notulen F. + E. (...).

(...)

11. Deze overeengekomen onderhandelingsafspraken maken een onlosmakelijk onderdeel uit van het contract indien opdrachtnemer de uitdrukkelijke separate schriftelijke opdracht in de vorm van door B. opgemaakte onderhandelingsovereenkomst in de bijlage aanvaardt. Opdrachtnemer is aan de onderhandelingsuitkomsten

als in dit stuk weergegeven gebonden. Er is echter nog geen opdracht verstrekt door B..”

- k. Op 23 januari 2013 is tussen partijen de onderaannemingsovereenkomst gesloten en ondertekend (hierna: “de overeenkomst”). Partijen hebben niet gekozen voor toepassing van het Model Basisovereenkomst.
- l. In de overeenkomst is onder meer het volgende vermeld

“B) Van toepassing zijnde voorschriften, voorwaarden en gegevens

- De aannemingsovereenkomst tussen opdrachtgever en hoofdaannemer maakt tezamen met:
 - * de UAV-GC 2005, voor zover niet in strijd met de algemene voorwaarden behorend bij deze overeenkomst;

(...)

- * algemeen tijdschema d.d. 15-01-2013;
- * stukken conform onderhandelingsverslag, volgens bijlage 2;

(...)

- * programma van eisen, volgens bijlage 3;
- * bestek werktuigbouwkundige- en elektrotechnische installatie J. d.d. 26-10-2012 met, indien van toepassing, nota's van inlichtingen en proces-verbaal van aanwijzingen;

(...)

- * uitgangspunten offerteaanvraag d.d. 01-11-2012 met, indien van toepassing, nota's van inlichtingen en proces-verbaal van aanwijzingen;

(...)

- * projectkwaliteitsplan d.d. 14-12-2012;

(...)

- * demarcatie/raakvlakkenlijst d.d. 16-01-2012;

(...)

deel uit van deze overeenkomst.

(...)

- De hoofdaannemer en de leverancier hebben jegens elkaar exact dezelfde rechten en verplichtingen als de opdrachtgever en de hoofdaannemer jegens elkaar hebben. Indien en voor zover het betreft het door de leverancier uit te voeren werk en voor zover de documenten verwoord welke in het bezit zijn van de leverancier.

(...)

- Meer-minderwerk wordt pas in behandeling genomen indien het formulier “offerte/mededeling wijziging” wordt ingevuld en schriftelijk wordt ingediend bij B., zie bijlage. Meerwerk wordt slechts vergoed indien schriftelijk opgedragen door de hoofdaannemer. Niet vooraf ingediend en goedgekeurd meerwerk wordt achteraf niet vergoed. Uitgangspunt is dat meerwerk slechts kan ontstaan op uitdrukkelijk verzoek van hoofdaannemer voor extra werk.

(...)

C) Aanneemsom en betalingsvoorwaarden

(...)

- Het werk van de onderaannemer zal pas definitief goedgekeurd en opgeleverd jegens hoofdaannemer worden beschouwd, indien oplevering door hoofdaannemer aan diens opdrachtgever heeft plaatsgevonden en het werk van onderaannemer daarbij, zonder enige bemerking is goedgekeurd.

(...)

E) Verzekeringen, garanties en schade

(...)

- De onderaannemer dient een door de hoofdaannemer goed te keuren bankgarantie van 10% van de opdrachtsom, ten bedrage van € 215.000,00 te overleggen. Duur bankgarantie tot en met de datum herstel laatste onderhoudsgebreken.

(...)

G) Aanvang, duur en gegevens m.b.t. het werk

(...)

- Geplande duur der opgedragen werkzaamheden: zie zowel planning d.d. 15-01-2013 alsmede par. 7.2 onderhandelingsverslag, te weten:

Aanvang werkzaamheden: 15-02-2013;

Werkzaamheden gereed/

einddatum:

06-05-2014;

Tussentijdse mijlpalen:

19-12-2013 (opleveringsgereed E. inclusief inregelen en testen)

- De onderaannemer dient zich geheel te voegen naar de planning van de hoofdaannemer. Alle financiële consequenties ten gevolge van het niet nakomen van de planningsafspraken zullen bij de onderaannemer in rekening worden gebracht.
- Onverminderd het recht van de hoofdaannemer op vergoeding voor alle geleden en te lijden schade geldt dat: voor elke fatale datum die niet wordt nagekomen, de onderaannemer per kalenderdag vertraging, een boete van 0,5% van de contractwaarde van de totale opdracht verschuldigd is, e.e.a. conform par. 9.7 onderhandelingsverslag.”

- m. De overeengekomen onderhoudstermijn bedraagt 6 maanden.

- n. Bij brief van 5 september 2013 heeft onderaannemster hoofdaannemster onder meer als volgt bericht:

“(…)

Ten aanzien van E

Volgens de overeengekomen contractplanning van 15 januari 2013 zouden de (afbouw)werkzaamheden van A. starten in week 24 van 2013. Afbouwwerkzaamheden kunnen pas starten op het moment dat de ruwbouw

klaar is. Dat zou derhalve in week 24 van 2013 het geval moeten zijn geweest.

Door omstandigheden die buiten onze invloedssfeer liggen, is de ruwbouw echter pas in week 38 van 2013 gereed. Een achterstand van 14 weken derhalve.

Ten aanzien van F

Volgens de overeengekomen contractplanning van 15 januari 2013 zouden de werkzaamheden ter zake F. (instortvoorzieningen aanbrengen) starten in week 21 van 2013. Volgens de laatste zes weken planning is dit week 37 geworden, wat neerkomt op een achterstand van 16 weken.

(...)

Het komt ons voor dat het redelijk is wanneer het contract van 23 januari 2013 wordt aangepast, in die zin dat de oplevertermijn wordt verlengd met ten minste de periode van de vertraging, per project.”

- o. Hoofdaannemster heeft bij brief van 16 september 2013 als volgt op laatstgenoemde brief van onderaannemster gereageerd:

“In antwoord op uw brief van 05 september jl. kunnen wij u het navolgende mededelen.

Uw verzoek tot termijnverlenging c.q. uitstel van oplevering, wordt uit coulance toegewezen onder de uitdrukkelijke mededeling dat voor u hierdoor geen recht ontstaat op het indienen van kostenvergoedingen (er is hier uitdrukkelijk geen sprake van kostenverhogende omstandigheden)

(...).”

- p. Tijdens de uitvoering van het werk zijn partijen met (aanvullende) verträgen geconfronteerd en om de uitvoering van het werk te versnellen en/of efficiënter te laten verlopen hebben partijen “lean sessies” gehouden waarna lean planningen zijn opgesteld. In de herziene planningen versie D en lean planningen versie E is als opleverdatum (mijlpaal) van de bouwdeelen “E.” en “F.” (telkens) 11 april 2014 vermeld (week 15).
- q. Uiteindelijk heeft de gemeente jegens hoofdaannemster (en hoofdaannemster jegens onderaannemster) ingestemd met een opleveringsdatum van 7 juli 2014.
- r. Op 29 augustus 2014 heeft hoofdaannemster bij de gemeente het werk gereed gemeld voor ingebruikneming en verzocht om afgifte van het “Beschikbaarheidscertificaat”.
- s. De gemeente heeft het werk op 30 oktober 2014 goedgekeurd en het Beschikbaarheidscertificaat aan hoofdaannemster verstrekt.
- t. Tussen de gemeente en hoofdaannemster zijn geschillen gerezen over de kwaliteit van ontwerp en uitvoering van het werk, de vertraging in de oplevering, het al dan niet verschuldigd zijn van contractuele boetes, de na oplevering nog aanwezige gebreken en het verhelpen daarvan alsmede over de eindafrekening.

- u. Naar aanleiding van laatstgenoemde geschillen is bij de rechtbank M. een procedure tussen de gemeente en hoofdaannemster aanhangig geweest waarbij onderaannemster zich heeft gevoegd aan de zijde van hoofdaannemster. Aan deze procedure is bij vonnis van de rechtbank M. van 17 mei 2017 – zonder een inhoudelijke behandeling van de geschilpunten – een einde gekomen, omdat hoofdaannemster en de gemeente hun geschillen inmiddels hadden opgelost door middel van een regeling die zij op 16 december 2016 schriftelijk hebben vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst (hierna: “de vaststellingsovereenkomst”).

- v. Hoofdaannemster en onderaannemster hebben geen overeenstemming bereikt over de financiële afwikkeling van het werk. Het laatste voorstel van onderaannemster inzake die financiële afwikkeling dateert van 24 maart 2017. Onderaannemster heeft daarbij aanspraak gemaakt op betaling door hoofdaannemster van een bedrag van in totaal € 1.773.414,70, btw verlegd (€ 273.496,87 [openstaand deel aanneemsom], + € 583.206,12 [Wijzigingen] + € 590.387,18 [vertragschade] + € 151.460,79 [incassokosten] + € 174.863,74 [rentel]). Voorts heeft onderaannemster verzocht om retournering van de door haar verstrekte bankgarantie (maximum bedrag € 215.000,00).

- w. Bij brief van 19 mei 2017 heeft hoofdaannemster afwijzend gereageerd op laatstgenoemd voorstel van onderaannemster.

(...)

het geschil in conventie en in reconventie

standpunt onderaannemster in conventie

7. Onderaannemster heeft – zakelijk en sterk verkort weergegeven – het volgende aangevoerd.
8. Als gevolg van aan hoofdaannemster toerekenbare omstandigheden hebben zich gedurende de bouw aan hoofdaannemster toerekenbare verträgen op het kritieke pad voorgedaan. Deze verträgen geven onderaannemster recht op termijnverlenging conform § 44 UAV-GC 2005.
9. De installaties E. (1^e mijlpaal, aanvankelijk overeengekomen opleveringsdatum 19 december 2013) waren op 29 augustus 2014 gereed inclusief het testen en inregelen. Ten aanzien van deze installaties heeft onderaannemster in elk geval recht heeft op bouwtijdverlenging tot 30 oktober 2014, zijnde de datum waarop de gemeente het werk heeft goedgekeurd en het Beschikbaarheidscertificaat aan hoofdaannemster verstrekt. Daarnaast kunnen negen op zichzelf staande aan hoofdaannemster toe te rekenen verträgen worden onderscheiden die tekens kritiek zijn voor het volledig en conform Vraagspecificatie kunnen voltooien van de installaties E. (in de stukken aangeduid als verträgen A1 t/m A9), en die recht geven op termijnverlenging respectievelijk tot en met 29 augustus 2014 (A3), 22 augustus 2014 (A2), 7 juli 2014 (A4), 25 juni 2014 (A6), 23 juni 2014 (A5), 22 mei 2014 (A7), 12 mei 2014 (A8), 25 april 2014 (A9) en 27 maart 2014 (A1).

10. De overige installaties – F. en G. – (2^e mijlpaal, aanvankelijk overeengekomen opleveringsdatum 6 mei 2014) waren gereed op 4 juni 2014, dan wel op 12 juni 2014, dan wel op 1 augustus 2014, dan wel op 29 augustus 2014 inclusief het testen en inregelen. Ten aanzien van deze installaties heeft onderaannemster in elk geval recht op bouwtijdverlenging tot en met 30 oktober 2014, zijnde de datum waarop de gemeente het werk heeft goedgekeurd en het Beschikbaarheidscertificaat aan hoofdaannemster verstrekt. Daarnaast kunnen drie op zichzelf staande aan hoofdaannemster toe te rekenen vertragingen worden onderscheiden die tekens kritiek zijn voor het volledig en conform Vraagspecificatie kunnen voltooien van de overige installaties (in de stukken aangeduid als vertragingen B1 t/m B3), en die recht geven op termijnverlenging respectievelijk tot en met 26 augustus 2014 (B1), 21 oktober 2014 (B2) en 18 november 2014 (B3).

11. De oplevering van alle installaties heeft in elk geval plaatsgevonden op uiterlijk 29 augustus 2014, althans op 18 september 2014 (de datum waarop Omgevingsdienst Regio X. het Project inclusief de installaties heeft geschouwd), althans op 13 oktober 2014 (de datum waarop het gebouwdeel F. in gebruik is genomen).

12. Indien de – aan hoofdaannemster toerekenbare – vertragingen zich niet hadden voorgedaan, dan zou de door onderaannemster verstrekte bankgarantie zijn geëindigd op 6 november 2014, zijnde na verloop van de onderhoudstermijn van 6 maanden, die na voltooiing van de installaties op 6 mei 2014 zou zijn ingegaan. Vanwege de vertragingen heeft de bankgarantie langer doorgelopen. Vervolgens heeft hoofdaannemster geëist dat de bankgarantie verder zou worden verlengd, zolang de definitieve financiële afwikkeling met onderaannemster nog moest plaatsvinden, dit onder dreiging van het trekken van de bankgarantie. Hoewel onrechtmatig heeft onderaannemster, gelet op die dreiging en het aanvullende verhaalisico dat daarmee voor onderaannemster zou ontstaan, onder protest de bankgarantie verlengd tot op heden. Voor hoofdaannemster ontbreekt echter grond om op de – op 24 mei 2017 afgegeven – bankgarantie aanspraak te maken, dan wel de bankgarantie nog langer onder zich te houden.

13. Nu onderaannemster recht heeft op termijnverlenging, heeft zij eveneens recht op vergoeding van de diensgevolge door haar geleden verdragingschade. Primair volgt dit uit artikel 6:74 BW en meer specifiek uit § 44 lid 1 UAV-GC 2005. Subsidiair heeft onderaannemster recht op vergoeding van verdragingschade op grond van schuld-eisersverzuim ex artikel 6:58/6:59 BW juncto artikel 6:63 BW. De door onderaannemster geleden verdragingschade bedraagt in totaal € 590.387,18 exclusief btw (€ 295.909,35 [inzet projectteam] + € 9.365,35 [bouwplaatskosten] + € 21.581,25 [improductiviteit] + € 9.846,90 [prijsstijgingen] + € 73.539,32 [gemiste betalingskortingen] + € 3.023,00 [bankgarantie] + € 144.015,09 [dekking AK] + € 33.106,92 [dekking winst]).

(...)

19. De vordering van onderaannemster luidt na wijziging eis van 29 november 2018, tegen welke wijziging als zodanig hoofdaannemster zich niet heeft verzet, als volgt:

MITSDIEN:

dat het Uw Raad moge behagen om bij arbitraal vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

PRIMAIR:

- I. te verklaren voor recht:
 - a. dat de 1^e Mijlpaal door A. is gehaald op;
 - i. 29 augustus 2014;
 - ii. althans een door Uw Raad in goede justitie te bepalen datum gelegen tussen 29 augustus 2014 en 30 oktober 2014;
 - iii. althans een door Uw Raad in goede justitie te bepalen andere datum;
 - b. dat A. recht heeft op verlenging van de 1^e Mijlpaal tot en met:
 - i. een door Uw Raad te bepalen datum op of na de door Uw Raad te bepalen datum waarop A. de 1^e Mijlpaal heeft behaald;
 - ii. althans 30 oktober 2014;
 - iii. althans 29 augustus 2014;
 - iv. althans 22 augustus 2014;
 - v. althans 7 juli 2014;
 - vi. althans 25 juni 2014;
 - vii. althans 23 juni 2014;
 - viii. althans 22 mei 2014;
 - ix. althans 12 mei 2014;
 - x. althans 25 april 2014;
 - xi. althans 27 maart 2014;
 - xii. althans een door Uw Raad in goede justitie te bepalen datum;
- II. te verklaren voor recht:
 - a. dat de 2^e Mijlpaal door A. is gehaald op;
 - i. 4 juni 2014;
 - ii. althans 12 juni 2014;
 - iii. althans 1 augustus 2014;
 - iv. althans 29 augustus 2014;
 - v. althans een door Uw Raad in goede justitie te bepalen datum gelegen tussen 29 augustus 2014 en 30 oktober 2014;
 - vi. althans een door Uw Raad in goede justitie te bepalen andere datum;
 - b. dat A. recht heeft op verlenging van de 2^e Mijlpaal tot en met:
 - i. een door Uw Raad te bepalen datum op of na de door Uw Raad te bepalen datum waarop A. de 2^e Mijlpaal heeft behaald;
 - ii. althans 18 november 2014;
 - iii. althans 30 oktober 2014
 - iv. althans 21 oktober 2014;
 - v. althans 26 augustus 2014;
 - vi. althans een door Uw Raad in goede justitie te bepalen datum;

- III. te verklaren voor recht dat A. de Installaties aan Klok-Züblin volledig heeft opgeleverd, althans moet worden geacht te hebben opgeleverd:
- op 29 augustus 2014;
 - althans op 18 september 2014;
 - althans op 13 oktober 2014;
 - althans op 30 oktober 2014;
 - althans een door Uw Raad in goede justitie te bepalen datum;
- IV. te verklaren voor recht dat A. jegens Klok-Züblin niet aansprakelijk is voor (de gevolgen van) de bij het Project ontstane vertraging;
- V. gedaagden:
- te verbieden om N. aan te spreken uit hoofde van de door N. op 24 mei 2017 afgegeven Garantstellingsverklaring, genoemd in deze memorie; en
 - te gebieden om, binnen 7 dagen na het in deze te wijzen vonnis, het origineel van de Garantstellingsverklaring aan N. te retourneren en A. te voorzien van een kopie van een bewijs van de ontvangst van het origineel van de Garantstellingsverklaring, afgegeven door N.;
- VI. ieder der gedaagden hoofdelijk te veroordelen om binnen veertien dagen na het in deze te wijzen vonnis aan A. te voldoen een bedrag van € 273.496,87, zijnde het onbetaalde deel van de reguliere aanneemsom, te vermeerderen met de verschuldigde btw en tevens met de wettelijke handelsrente (ex art. 6:119a BW) verhoogd met 2 procentpunten vanaf 25 maart 2017 tot aan de dag der algehele voldoening;
- VII. ieder der gedaagden hoofdelijk te veroordelen om binnen veertien dagen na het in deze te wijzen vonnis aan A. te voldoen een bedrag van € 583.206,12, als vergoeding voor de in deze memorie besproken Wijzigingen, te vermeerderen met de verschuldigde btw en tevens met de wettelijke handelsrente (ex art. 6:119a BW) verhoogd met 2 procentpunten vanaf 25 maart 2017 tot aan de dag der algehele voldoening;
- VIII. ieder der gedaagden hoofdelijk te veroordelen om binnen veertien dagen na het in deze te wijzen vonnis aan A. te voldoen een bedrag van € 590.387,18, als vergoeding voor de in deze memorie besproken vertragingschade die A. heeft geleden, te vermeerderen met de verschuldigde btw en tevens met de wettelijke rente (ex art. 6:119 BW) verhoogd met 2 procentpunten vanaf 25 maart 2017 tot aan de dag der algehele voldoening;
- IX. ieder der gedaagden hoofdelijk te veroordelen om binnen veertien dagen na het in deze te wijzen vonnis aan A. te voldoen een bedrag van € 151.460,79, als vergoeding voor de in deze memorie besproken incassokosten die A. heeft gemaakt, te vermeerderen met de wettelijke rente (ex art. 6:119 BW) vanaf 25 maart 2017 tot aan de dag der algehele voldoening;
- X. ieder der gedaagden hoofdelijk te veroordelen om binnen veertien dagen na het in deze te wijzen vonnis aan A. te voldoen een bedrag van € 174.863,74, als vergoeding voor de in deze memorie besproken gederfde rente tot 25 maart 2017;

SUBSIDIAIR:

- het primair onder I t/m V gevorderd toe te wijzen;
- voor zover het primair onder VI t/m X gevorderde niet toewijsbaar is, ten aanzien van ieder van de desbetreffende vorderingen te begroten of te schatten overeenkomstig het bepaalde in artikel 6:97 BW, vermeerderd met (de verschuldigde btw en tevens met) wettelijke (handels)rente (ex artikel 6:119(a) BW) (en 2% renteopslag) voor zover en vanaf een zodanig moment als Uw Raad meent te behoren, en ieder der gedaagden hoofdelijk te veroordelen om het aldus begrote of geschatte bedrag binnen veertien dagen na het in deze te wijzen vonnis aan A. te voldoen;

MEER SUBSIDIAIR:

- zodanig uitspraak te doen als Uw Raad in goede justitie vermeent te behoren;

ZOWEL PRIMAIR, SUBSIDIAIR ALS MEER SUBSIDIAIR:

- ieder der gedaagden hoofdelijk te veroordelen in de kosten van deze procedure, alsmede tot betaling van de nakosten tot een bedrag van € 131,-, dan wel, indien betekening van het vonnis plaatsvindt, tot een bedrag van € 199,-, waarbij betaling dient te geschieden binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis respectievelijk binnen veertien dagen na dagtekening van de betekening, bij gebreke waarvan bedoelde gedaagden de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW verschuldigd is over de proceskosten en nakosten tot aan de dag van volledige betaling;

standpunt hoofdaanneemster in conventie en in reconventie

20. Hoofdaannamester heeft in conventie uitvoerig verweer gevoerd en concludeert tot afwijzing van de vordering van onderaannemster. Het verweer van hoofdaannamester, voor zover relevant, zal hierna bij de bespreking van de afzonderlijke vorderingen van onderaannemster aan de orde komen.

21. In verband met verrekening door de gemeente (jegens hoofdaannamester) inzake het door onderaannemster gerealiseerde werk maakt hoofdaannamester in reconventie aanspraak op betaling door onderaannemster een bedrag van in totaal € 2.646.548,34.

22. Van dit bedrag ziet een bedrag van in totaal € 1.924.250,00 op de korting (boete) wegens de (gestelde) te late oplevering van het werk door onderaannemster. Dit bedrag is als volgt opgebouwd:

- periode 7 juli 2014 tot 29 augustus 2014: € 569.750,00 (53 kalenderdagen à € 21.500,00 [0,5% x € 4.300.000,00] per kalenderdag x 50%*);

* Waar onderaannemster zich in de periode van 7 juli tot 29 augustus op het standpunt gesteld heeft dat de vertraging niet volledig aan haar te wijten is, gaat hoofdaannamester daarin mee, doch niet meer dan een coulancehalve toe te passen matiging van 50%.

- periode 29 augustus 2014 tot en met 30 oktober 2014:
€ 1.354.500,00
(63 kalenderdagen à € 21.500,00 per kalenderdag).
€ 569.750,00 + € 1.354.500,00 = € 1.924.250,00.

23. Het restant van het in reconventie gevorderde bedrag van in totaal € 722.298,34 (€ 2.646.548,34 - € 1.924.250,00) heeft betrekking op (gestelde) aan onderaannemster toerekenbare gebreken in het werk en/of andere (gestelde) aan onderaannemster toerekenbare tekortkomingen. Arbiters komen hier verderop in het vonnis op terug.

24. De vordering in reconventie luidt als volgt:

vordering reconventie

“dat uw Raad [onderaannemster] veroordeelt om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [hoofdaannemster] te betalen een bedrag van € 2.646.548,34, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 27 mei 2017, althans vanaf de dag van het instellen van deze reconventionele vordering, tot aan de dag der algehele voldoening, althans te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting een zodanig bedrag aan [hoofdaannemster] te voldoen als uw Raad vermeent in goede justitie te behoren.”

standpunt onderaannemster in reconventie

25. Onderaannemster heeft in reconventie uitvoerig verweer gevoerd en concludeert tot afwijzing van de vordering van hoofdaannemster. Het verweer van onderaannemster, voor zover relevant, zal verderop in dit vonnis aan de orde zal komen.

(...)

back-to-back karakter onderaannemingsovereenkomst

31. Partijen verschillen van mening over de vraag of hoofdaannemster haar verplichtingen uit de door haar met de gemeente gesloten aannemingsovereenkomst een-op-een heeft doorgelegd aan onderaannemster.

32. De vraag of er sprake is van een back-to-back overeenkomst is voor de beoordeling van dit geschil onder meer van belang, omdat hoofdaannemster stelt dat zij bevoegd is eventueel op haar rustende betalingsverplichtingen jegens onderaannemster op te schorten (en te verrekenen), omdat onderaannemster op onderdelen niet heeft voldaan aan de, aan onderaannemster één-op-één doorgelegde, eisen van de gemeente.

33. Hoofdaannemster stelt dat partijen back-to-back hebben gecontracteerd. Zij beroept zich daarbij op het bepaalde in Onderdeel B, vierde aandachtstreepje van de onderaannemingsovereenkomst:

“De hoofdaannemer en de leverancier hebben jegens elkaar exact dezelfde rechten en verplichtingen als de opdrachtgever en de hoofdaannemer jegens elkaar hebben. Indien en voor zover het betreft het door de leverancier uit te voeren werk en voor zover de documenten verwoord welke in het bezit zijn van de leverancier.”

34. Daarnaast wijst hoofdaannemster op het bepaalde in Onderdeel B, vierde aandachtstreepje van de onderaannemingsovereenkomst:

“De aannemingsovereenkomst tussen opdrachtgever en hoofdaannemer maakt tezamen met (...) deel uit van deze overeenkomst.”

35. Ten slotte heeft hoofdaannemster gewezen op het bepaalde in Onderdeel C, negende aandachtstreepje van de onderaannemingsovereenkomst:

– “Het werk van de onderaannemer zal pas definitief goedgekeurd en opgeleverd jegens hoofdaannemer worden beschouwd, indien oplevering door hoofdaannemer aan diens opdrachtgever heeft plaatsgevonden en het werk van onderaannemer daarbij, zonder enige bemerking is goedgekeurd.”

36. Onderaannemster heeft gemotiveerd betwist dat er sprake is van een tussen partijen overeengekomen back-to-back regeling.

37. Arbiters overwegen hieromtrent het volgende.

38. Arbiters stellen voorop dat bij het back-to-back doorleggen van rechten en verplichtingen in een onderaannemingsovereenkomst als de onderhavige, waarbij uitsluitend delen van het technisch werk aan onderaannemster zijn opgedragen, in beginsel niet kan worden volstaan met een enkele bepaling die niet (veel) meer zegt dan dat hoofdaannemster en onderaannemster dezelfde rechten en verplichtingen jegens elkaar hebben als de opdrachtgever (de gemeente) en hoofdaannemster.

39. Indien hoofdaannemster haar verplichtingen jegens de gemeente één op één had willen doorleggen aan onderaannemster, dan had zij in de gegeven omstandigheden uitdrukkelijk en specifiek moeten aangeven welke bepalingen zij back-to-back wenste door te contracteren aan onderaannemster. Dit geldt temeer nu onderaannemster, die pas in november 2012 – aan het eind van het ontwerp-proces – in beeld kwam, in een wezenlijke andere positie jegens de gemeente verkeerde dan hoofdaannemster, die reeds in het kader van de door de gemeente in december 2010 gestarte aanbestedingsprocedure een Voorlopig Ontwerp (VO) had vervaardigd.

40. Daar komt nog bij dat voldoende is komen vast te staan dat aan onderaannemster slechts de documenten zijn verstrekt die zijn genoemd op de als productie 32 overgelegde Contractdocumentenlijst. De (overige) aan de hoofdaannemingsovereenkomst gerelateerde documenten, waaronder de hoofdaannemingsovereenkomst zelf en het VO zijn niet aan onderaannemster verstrekt.

41. Tenslotte geldt dat meerdere bepalingen uit de onderaannemingsovereenkomst en de hoofdaannemingsovereenkomst inhoudelijk van elkaar verschillen. In dit verband wijzen arbiters onder meer naar onderdeel 7.3.2 van het onderhandelingsverslag waarin voor wat betreft de oplevering § 9 en § 10 van de UAV 1989 van toepassing zijn verklaard, terwijl hoofdaannemster het werk volledig “turn key” aan

de gemeente diende op te leveren. Ook overigens heeft de onderaannemingsovereenkomst (anders dan de hoofdaannemings- overeenkomst) meer het karakter van een traditioneel contract dan van een geïntegreerd contract. Uit de stukken en het verhandelde ter zitting is ook gebleken dat de handelwijze van partijen tijdens de uitvoering van het werk meer past bij een traditioneel contract dan bij een geïntegreerd contract, hetgeen ertoe kan leiden dat onderaannemster niet meer ongeclausuleerd verantwoordelijk is voor het eindresultaat.

42. De hiervoor aangehaalde feiten en omstandigheden duiden niet op een door partijen overeengekomen algemene back-to-back regeling. Naar het oordeel van arbiters biedt de tekst van de door hoofdaannemster in dit verband aangehaalde bepalingen onvoldoende aanknopingspunten voor de door hoofdaannemster voorgestane uitleg en dient het er in de gegeven omstandigheden voor gehouden te worden dat partijen met die bepalingen (uitsluitend) hebben bedoeld uiting te geven aan het feit dat onderaannemster delen van het technisch werk (de installaties) voor haar rekening diende te nemen.

de omvang van de leveringsplicht: het bestek K.

43. Hoofdaannemster stelt dat onderaannemster is gevraagd een aanbieding te doen binnen de Programma's van Eisen (PvE's) van de gemeente en het Projectkwaliteitsplan en dat het bestek K. slechts een suggestie, een niet bindend TO, was. De stelling van onderaannemster dat werkzaamheden die buiten het Bestek K. vallen meerwerk (Wijzigingen) betreffen, is volgens hoofdaannemster dan ook onjuist. Hoofdaannemster heeft in dit verband ook nog aangevoerd dat de Raakvlakkenlijst (Demarcatielijst) prevaleert boven het Bestek K..

44. Onderaannemster heeft de stellingen van hoofdaannemster gemotiveerd betwist.

45. Naar het oordeel van arbiters is het bestek K. (het op basis van de PvE's en DO door hoofdaannemster aangeleverde TO), inclusief de hiervoor in r.o. 5.f. vermelde aanvullingen (hierna gezamenlijk aangeduid als "het Bestek K.") bepalend voor de omvang van de leveringsplicht van onderaannemster. Arbiters achten in dit verband relevant dat het Bestek K. is genoemd in de offerteaanvraag en bovendien expliciet als contractstuk is vermeld in zowel het onderhandelingsverslag als de onderaannemingsovereenkomst. De inhoud van de, vóór voormelde documenten daterende, e-mail van 21 december 2012 waarin door hoofdaannemster is vermeld dat het Bestek K. slechts diende te worden beschouwd als een suggestie, doet hier niet aan af. Immers, uit dit e-mailbericht blijkt niet dat het Bestek K. definitief werd verlaten. Uit deze e-mail volgt slechts dat eventuele door onderaannemster door te voeren bezuinigingen mochten leiden tot afwijkingen van het Bestek K.. Voor het overige bleef, zoals onderaannemster terecht stelt, het Bestek K. de basis waarop de onderaannemingsovereenkomst vervolgens werd aangegaan. Arbiters worden op dit punt gesterkt in hun oordeel door de omstandigheid dat – zoals gezegd – het Bestek K. uitdrukkelijk als contractdocument is vermeld in het nadien opgestelde onderhandelingsverslag

en de eveneens nadien opgestelde onderaannemingsovereenkomst.

46. Het standpunt van hoofdaannemster dat de Raakvlakkenlijst (Demarcatielijst) prevaleert boven het Bestek K. volgen arbiters evenmin. Zowel in het onderhandelingsverslag (onder het kopje "Prioriteiten") als in de onderaannemingsovereenkomst (onder B) is het Bestek K. in rangorde boven de Raakvlakkenlijst geplaatst. De opvatting dat uit het onderhandelingsverslag, in het bijzonder uit de bepalingen onder 1. in combinatie met de onder 10. van dat verslag vermelde bijlagen, een andere rangorde van stukken zou volgen, delen arbiters, mede bezien in het licht van de hiervoor aangehaalde bepalingen, niet. Indien hoofdaannemster een andere rangorde van stukken had voorgestaan, dan had het, als opsteller van de stukken, op haar weg gelegen om één en ander duidelijker in de contractstukken te verwoorden. Tenslotte achten arbiters in dit verband nog relevant dat in de offerteaanvraag wel het bestek K. wordt vermeld, doch geen melding wordt gemaakt van een Raakvlakkenlijst (zie r.o. 5.d.).

47. Met inachtneming van voormelde overwegingen, zullen arbiters de vorderingen in conventie en reconventie bespreken. Alvorens hiertoe over te gaan zullen arbiters eerst ingaan op de – partijen verdeeld houdende, en voor de beoordeling van het geschil van belang zijnde vraag – wanneer het werk van onderaannemster als opgeleverd kan worden beschouwd.

de oplevering

48. Onderaannemster stelt zich op het standpunt dat het werk in ieder geval op 29 augustus 2014 als opgeleverd kan worden beschouwd, dan wel op 18 september 2014, dan wel op 13 oktober 2014 (zie r.o. 11).

49. Hoofdaannemster stelt dat het werk eerst op 30 oktober 2014 is opgeleverd, zijnde de datum waarop de gemeente het werk heeft goedgekeurd en het Beschikbaarheidscertificaat aan hoofdaannemster is verstrekt.

50. Arbiters overwegen dat het werk van onderaannemster op grond van de stukken, waaronder de als producties 54, 55, 60 en 61 overgelegde notities van O., in redelijkheid op 29 augustus 2014 als opgeleverd kan worden beschouwd. Uit genoemde notities blijkt voldoende dat voor zover er toen nog sprake was van aan onderaannemster toerekenbare gebreken, dit kleine gebreken betroffen die nog vóór een volgende betalingstermijn konden worden hersteld en die bovendien een eventuele ingebruikneming niet in de weg stonden (§ 9 lid 7 UAV 1989). Ten aanzien van het op enkele onderdelen niet voldoen van het werk aan de brandveiligheidseisen, geldt dat op grond van de stukken, zoals tijdens de mondelinge behandeling nader toegelicht, voldoende aannemelijk is geworden dat dit het gevolg was van een op dit punt door en/of namens hoofdaannemster en/of de gemeente eerst kort voor 29 augustus 2014 aangepast Programma van Eisen en het feit dat het alsnog (op onderdelen) in overeenstemming brengen van het werk met die brandveiligheidseisen feitelijk niet mogelijk was door niet aan onderaannemster toerekenbare, nog niet herstelde bouwkundige gebreken. Arbiters achten

in dit verband ook nog relevant dat hoofdaannemster zich in meerdere brieven – zie bijvoorbeeld de als productie 53 overgelegde brief van 29 augustus 2014 – jegens de gemeente consequent op het standpunt heeft gesteld dat het werk op 29 augustus 2014 gereed was voor oplevering.

51. Onder voormelde omstandigheden, in onderlinge samenhang beschouwd, komt hoofdaannemster naar het oordeel van arbiters in redelijkheid geen beroep toe op de bepaling uit de onderaannemingsovereenkomst dat het werk van onderaannemster eerst als opgeleverd kan worden beschouwd indien het gehele werk zonder bemerkingen door de gemeente is geaccepteerd.

52. Tenslotte achten arbiters in dit verband nog van belang dat onderaannemster – onder meer aan de hand van de als producties 95 en 96 overgelegde verslagen van het 24^e en 25^e Gebruikersoverleg – voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat partijen nader zijn overeengekomen om de goedkeuring van de, overigens op 29 augustus 2014 gereed zijnde (zie onder meer brief van hoofdaannemster van 29 augustus 2014), Uitvoering Ontwerp Rapportages (UOR's), los te koppelen van de formele oplevering van het werk. Aldus zou de mogelijke niet goedkeuring van de definitieve UOR's niet langer in de weg staan aan de oplevering van het werk van onderaannemster.

53. Op grond van het voorgaande gaan arbiters bij de bespreking van de afzonderlijke vorderingen van partijen dan ook uit van een oplevering van het werk van onderaannemster op 29 augustus 2014.

Conventie

(bedragen telkens exclusief btw, tenzij uitdrukkelijk anders vermeld)

(...)

reconventie

korting (boete) wegens gestelde te late oplevering van het werk € 1.924.250,00 (zie r.o. 22)

117. Het oordeel van arbiters dat het werk van onderaannemster op 29 augustus 2014 als opgeleverd kan worden beschouwd (zie r.o. 50 tot en met 53) brengt met zich dat de over de periode van 29 augustus 2014 tot en met 30 oktober 2014 gevorderde korting van € 1.354.500,00 wordt afgewezen. Aldus wordt beslist.

118. Met betrekking tot de korting die is gevorderd over de periode van 7 juli 2014 tot 29 augustus 2014 – waarbij hoofdaannemster heeft gesteld dat de opgetreden vertraging in het werk niet volledig aan onderaannemster te wijten, hetgeen haar ertoe heeft gebracht de gevorderde korting te matigen met 50% – overwegen arbiters het volgende.

119. Op grond van de zeer uitvoerige stukken, zoals mondeling nader toegelicht, heeft onderaannemster tegenover de gemotiveerde betwisting van hoofdaannemster voldoende aangetoond dat zij als gevolg van aan hoofdaannemster toerekenbare vertragingen in het werk (in de stukken aangeduid als vertragingen A1 t/m A9 [voor wat betreft de installaties E.; 1^e mijlpaal] en B1 t/m B3 [voor wat betreft de overige installaties; 2^e mijlpaal] op grond van het

bepaalde in § 44 lid 1 UAV-GC 2005 in ieder geval recht heeft op termijnverlenging tot 29 augustus 2014. Los van de in de aanvangsfase opgetreden aanzienlijke vertraging in de ruwbouw (vertragingen A1 en B1) waarvoor hoofdaannemster bouwtijdverlengingen heeft toegekend van respectievelijk 14 en 16 weken, is genoegzaam gebleken dat onderaannemster is geconfronteerd met aanvullende – in de relatie tussen onderaannemster en hoofdaannemster aan hoofdaannemster toerekenbare en telkens op het kritieke pad liggende – vertragingen in de werkzaamheden van nevenaannemers (Q. [gevelbouw], R. [rolluiken], S. [afbouw/PVC-vloeren] en het nutsbedrijf (T.I)). Daar komt nog bij dat uit de stukken voorts genoegzaam is gebleken dat een oplevering van het werk op 7 juli 2014 niet aan de orde was in verband met nog aanwezige, niet aan onderaannemster toerekenbare, bouwkundige gebreken.

120. Nu arbiters van oordeel zijn dat onderaannemster in ieder geval recht heeft op termijnverlenging tot 29 augustus 2014, wordt de korting die is gevorderd over de periode van 7 juli 2014 tot 29 augustus 2014 eveneens afgewezen.

(...)

153. De vordering onder V. toegewezen op de wijze als in het dictum omschreven (r.o. 152).

154. Onderaannemster komt toe het onbetaald deel van de aanneemsom van € 273.496,87, te vermeerderen met btw (r.o. 55). De onder VI. over dit bedrag gevorderde rente, wordt toegewezen op de wijze als in het dictum omschreven (r.o. 149).

155. Ter zake van de Wijzingen (vordering onder VII.) komt onderaannemster een bedrag toe van in totaal € 521.538,36, te vermeerderen met btw. De onder VII. over dit bedrag gevorderde rente wordt toegewezen op de wijze als in het dictum omschreven (r.o. 149).

156. De onder VIII. gevorderde vertragingsschade wordt afgewezen (r.o. 116).

157. De onder IX. gevorderde vergoeding van incassokosten wordt toegewezen tot een bedrag van € 15.000,00 (r.o. 148). De onder IX. over dit bedrag gevorderde rente, wordt toegewezen op de wijze als in het dictum omschreven (r.o. 149).

158. De onder X. gevorderde gederfde rente tot 25 maart 2017 wordt afgewezen (r.o. 149).

reconventie

159. De vordering in reconventie wordt afgewezen (r.o. 144).

de proceskosten en overige vorderingen

160. Gelet op de mate waarin partijen in principiële en in financiële zin in het gelijk en ongelijk zijn gesteld en de aan de behandeling van de respectieve geschilpunten toe te rekenen proceskosten, zullen arbiters onderaannemster met een vierde deel en hoofdaannemster met drie vierde deel van de proceskosten belasten.

161. De door de Raad gemaakte kosten hebben tot en met het depot van dit vonnis ter griffie van de rechtbank te Amsterdam met inachtneming van het Waarborgsom-/mo-

deratieschema van de Raad € 117.512,13 bedragen (waarvan € 20.372,63 aan btw) en zijn tot een beloop van € 58.756,06 met de door onderaannemster gedane stortingen verrekend en tot een beloop van € 58.756,07 met de door hoofdaannemster gedane stortingen.

162. Aangezien onderaannemster voor een vierde deel in het ongelijk is gesteld en hoofdaannemster voor drie vierde deel, is de meerdere mate van ongelijk van twee vierde deel (drie vierde – een vierde). Arbiters bepalen de door hoofdaannemster te betalen tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van onderaannemster naar deze meerdere mate van ongelijk van hoofdaannemster en met inachtneming van de Leidraad vergoeding kosten van processuele bijstand, op € 12.750,00 (twee memories [2 punten] + twee mondelinge behandelingen [6 punten] + één akte met bijzondere inhoud [0,5 punt] = 8,5 punten à € 3.000,00 [Tarief VII] = € 25.500,00 x twee vierde = € 12.750,00).

163. Ter verrekening van de proceskosten moet hoofdaannemster dus aan onderaannemster betalen: € 29.378,03 (€ 88.134,10 [€ 117.512,13 x drie vierde] - € 58.756,07) + € 12.750,00 = € 42.128,03. De door onderaannemster gevorderde nakosten worden toegewezen op de wijze als in het dictum omschreven. De door onderaannemster gevorderde rente over de proceskosten en de nakosten wordt eveneens toegewezen op de wijze als in het dictum omschreven.

164. Zoals gevorderd, zullen arbiters het vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaren.

165. Wat meer of anders is gevorderd, zal worden afgewezen.

DE BESLISSING

Arbiters, rechtdoende als goede mannen naar billijkheid:

in conventie en reconventie

- 1) VERKLAREN VOOR RECHT:
 - a. dat de 1^e Mijlpaal door onderaannemster is gehaald op 29 augustus 2014;
 - b. dat onderaannemster recht heeft op verlenging van de 1^e mijlpaal tot en met 29 augustus 2014;
- 2) VERKLAREN VOOR RECHT:
 - a. dat de 2^e Mijlpaal door onderaannemster is gehaald op 29 augustus 2014;
 - b. dat onderaannemster recht heeft op verlenging van de 2^e mijlpaal tot en met 29 augustus 2014;
- 3) VERKLAREN VOOR RECHT dat onderaannemster de Installaties aan hoofdaannemster moet worden gebracht te hebben opgeleverd op 29 augustus 2014;
- 4) VERBIEDT hoofdaannemster om N. aan te spreken uit hoofde van de door de N. op 24 mei 2017 afgegeven Garantstelling;
- 5) GEBIEDT hoofdaannemster om, binnen 7 dagen na dagtekening van dit vonnis, het origineel van de Garantstelling aan N. te retourneren en onderaannemster te voorzien van een kopie van een bewijs van de ontvangst van de Garantstellingsverklaring, afgegeven door N.;
- 6) VEROORDELEN hoofdaannemster sub 1 tot en met sub 3 hoofdelijk, aldus dat door betaling van de één de an-

der zal zijn bevrijd, aan onderaannemster te betalen € 273.496,87 (tweehonderdduizend vierhonderdzesennegentig euro en zevenentachtig cent), te vermeerderen met btw en met de wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a BW, vanaf 25 maart 2017, te vermeerderen met twee procentpunten vanaf 8 april 2017, alles tot de dag der algehele voldoening;

- 7) VEROORDELEN hoofdaannemster sub 1 tot en met sub 3 hoofdelijk, aldus dat door betaling van de één de ander zal zijn bevrijd, aan onderaannemster te betalen € 521.538,36 (vijfhonderdeenentwintigduizend vijf-honderdachtendertig euro en zesendertig cent), te vermeerderen met btw en met de wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a BW, vanaf 25 maart 2017, te vermeerderen met twee procentpunten vanaf 8 april 2017, alles tot de dag der algehele voldoening;
- 8) VEROORDELEN hoofdaannemster sub 1 tot en met sub 3 hoofdelijk, aldus dat door betaling van de één de ander zal zijn bevrijd, aan onderaannemster te betalen € 15.000,00 (vijftienduizend euro), te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW, vanaf 25 maart 2017 tot de dag der algehele voldoening;
- 9) VEROORDELEN hoofdaannemster sub 1 tot en met sub 3 hoofdelijk, aldus dat door betaling van de één de ander zal zijn bevrijd, ter verrekening van de proceskosten aan onderaannemster te betalen € 42.128,03 (tweeënveertigduizend honderdachtentwintig euro en drie cent), te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW daarover vanaf veertien dagen na dagtekening van dit vonnis in het geval deze kosten niet binnen die termijn zijn voldaan, tot aan de dag van volledige betaling;
- 10) VEROORDELEN hoofdaannemster sub 1 tot en met sub 3 hoofdelijk, aldus dat door betaling van de één de ander zal zijn bevrijd, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,00 (honderdeenendertig euro), te vermeerderen, onder de voorwaarde dat hoofdaannemster niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 (achtenzestig euro), vermeerderd met de wettelijke rente ex art. 6:119 BW over € 131,00 (honderdeenendertig euro) vanaf veertien dagen na dagtekening van dit vonnis en met de wettelijke rente ex art. 6:119 BW over € 68,00 (achtenzestig euro) vanaf veertien dagen na de datum van voormelde betekening tot aan de dag van algehele voldoening;

VERKLAREN dit vonnis ten aanzien van de veroordelingen 4 tot en met 10 uitvoerbaar bij voorraad;

WIJZEN het in conventie meer of anders gevorderde AF;

WIJZEN de vorderingen in reconventie AF;

Noot

Inleiding

1. De Raad van Arbitrage voor de Bouw (RvA) behandelt in deze uitspraak een geschil tussen een hoofd-

aannemer en een onderaannemer over de opleverdatum en de aard en omvang van een aantal overige verplichtingen voortvloeiende uit de onderaannemingsovereenkomst. De hoofdaannemer stelt zich in dat verband op het standpunt dat diens verplichtingen voortvloeiende uit de hoofdaannemingsovereenkomst, via een back-to-back bepaling in de onderaannemingsovereenkomst, een-op-een zijn doorgelegd aan de onderaannemer. De onderaannemer betwist dat.

2. Ten behoeve van de lezer worden eerst kort de ter zake relevante feiten geschetst, waarna het aspect back-to-back contracteren aan de orde komt. Tot slot zal worden gekeken wat deze uitspraak meebrengt voor de praktijk.

Feiten

3. De hoofdaannemer krijgt van de gemeente opdracht voor – kort gezegd – het ontwerp, de ontwikkeling en realisatie van een nieuw poppodium en studentenwoningen inclusief toebehoren. Onder toepasselijkheid van de UAV-GC 2005 vervaardigt de hoofdaannemer in opdracht van de gemeente een VO en werkt dat VO vervolgens uit tot een DO. Op basis van dit DO laat de hoofdaannemer vervolgens een installatietechnisch bestek vervaardigen, waarna hij op basis van dat bestek diverse installatiewerkzaamheden aan de onderaannemer opdraagt.

4. In de offerteaanvraag verwijst de hoofdaannemer naar het namens hem opgestelde installatietechnisch bestek. Daarnaast verstrekt de hoofdaannemer de technische delen van het programma van eisen van de gemeente aan de onderaannemer. Partijen treden vervolgens in onderhandeling en bereiken overeenstemming over een prijs van € 4.300.000,- exclusief btw. Het onderhandelingsverslag vermeldt de op de opdracht van toepassing zijnde documenten inclusief rangorderegeling. Het betreft onder meer het onderhandelingsverslag zelf inclusief bijlagen, de in de offerteaanvraag vermelde documenten, het bestek, de onderaannemingsovereenkomst inclusief algemene voorwaarden, de UAV-GC 2005 en het programma van eisen. Ditzelfde onderhandelingsverslag refereert ter zake van de planning evenwel aan paragraaf 26 lid 5 UAV 2012 en ter zake van de opleveringskeuring en beproeving aan paragrafen 9 en 10 UAV 2012. Het onderhandelingsverslag vermeldt tot slot dat nog geen opdracht is verstrekt, maar de in het verslag opgenomen afspraken onlosmakelijk onderdeel zullen uitmaken van de onderaannemingsovereenkomst indien deze tussen de hoofdaannemer en de onderaannemer tot stand komt.

5. Partijen sluiten vervolgens een onderaannemingsovereenkomst, waarin wederom de van toepassing zijnde voorschriften, voorwaarden en gegevens worden opgesomd. Verwezen wordt naar de hoofdaannemingsovereenkomst, alsmede de UAV-GC 2005, de stukken conform onderhandelingsverslag, het programma van eisen en het bestek. De UAV 2012 wordt nergens (meer) vermeld en ook een rangorderegeling ontbreekt. Van het programma van eisen van de gemeente worden alleen de technische delen aan de onderaannemer verstrekt.

6. De verwijzing naar de hoofdaannemingsovereenkomst in de onderaannemingsovereenkomst luidt als volgt:

“De aannemingsovereenkomst tussen opdrachtgever en hoofdaannemer maakt tezamen met (...) deel uit van deze overeenkomst.”

Tevens is een zogenoemde back-to-back bepaling opgenomen die luidt:

“De hoofdaannemer en de leverancier hebben jegens elkaar exact dezelfde rechten en verplichtingen als de opdrachtgever en de hoofdaannemer jegens elkaar hebben. Indien en voor zover het betreft het door de leverancier uit te voeren werk en voor zover de documenten verwoord welke in het bezit zijn van de leverancier.”

7. Ook op andere plaatsen in de onderaannemingsovereenkomst wordt een koppeling gemaakt met verplichtingen voortvloeiende uit de hoofdaannemingsovereenkomst. Ter zake van de oplevering is een bepaling opgenomen die luidt:

“Het werk van de onderaannemer zal pas definitief goedgekeurd en opgeleverd jegens hoofdaannemer worden beschouwd, indien oplevering door hoofdaannemer aan diens opdrachtgever heeft plaatsgevonden en het werk van onderaannemer daarbij, zonder enige bemerking is goedgekeurd.”

De hoofdaannemingsovereenkomst als zodanig wordt niet aan de onderaannemer verstrekt.

Back to back contracteren

8. Back-to-back contracteren is een veel toegepaste vorm van contracteren in de bouw. De hoofdaannemer tracht daarbij de rechten en verplichtingen uit de overeenkomst met zijn opdrachtgever een-op-een door te leggen aan de onderaannemer(s) aan wie hij een gedeelte van het aan hem opgedragen werk (in onderaanneming) opdraagt. Omdat de hoofdaannemer bij een juiste wijze van back-to-back contracteren als tussenschakel fungeert heeft hij, in geval van tekortkomingen door de onderaannemer, in beginsel dezelfde aanspraken als de opdrachtgever op hem heeft. Op deze manier worden de risico's van de hoofdaannemer op 'mismatches' tot een minimum beperkt.²

9. Deze uitspraak van de RvA maakt duidelijk dat het op de juiste wijze doorleggen van verplichtingen uit een hoofdaannemingsovereenkomst op de onderaannemer, nog weleens mis gaat.

10. Waar de hoofdaannemer in casu door middel van het opnemen van een (vrij standaard) back-to-back bepaling in de onderaannemingsovereenkomst, kennelijk meende de verplichtingen uit de hoofdaannemingsovereenkomst een-op-een aan de onderaannemer te hebben doorgelegd, is het scheidsgerecht anders van oordeel. Het scheidsgerecht

2 S. van den Boogaart & L.F. Droëge, 'Back-to-back contracteren bij DBFM(O)-Projecten, aandachtspunten, risico's en valkuilen bij het back-to-back doorleggen van rechten en verplichtingen', *TBR* 2015/97, p. 570; T.J. de Graaf, 'Back-to-back contracteren bij distributie', *ORP* 2014/2, p. 31.

overweegt dat het enkel opnemen van een dergelijke bepaling in beginsel onvoldoende is om de conclusie te rechtvaardigen dat back-to-back is gecontracteerd. Dat is niet nieuw en is in de rechtspraak van zowel de RvA als de burgerlijke rechter reeds meermaals zo geoordeeld.³

11. Ter zake van de datum waarop het werk van de onderaannemer als opgeleverd moet worden beschouwd, komt het de hoofdaannemer duur te staan. Zo stelt de hoofdaannemer met een beroep op de bepaling in de onderaannemingsovereenkomst waarin is bepaald dat het werk van onderaannemer pas opgeleverd is wanneer de opdrachtgever van de hoofdaannemer het werk heeft goedgekeurd, dat het werk eerst op 30 oktober 2014 is opgeleverd. De hoofdaannemer vordert in dat verband een korting wegens de late oplevering van € 1.924.250. De onderaannemer stelt zich evenwel op het standpunt dat het werk reeds op 29 augustus 2014, althans 18 september 2014, althans 13 oktober 2014 is opgeleverd.

12. Het scheidsrecht stelt de onderaannemer ten aanzien van de opleveringsdatum in het gelijk, oordeelt dat het werk op 29 augustus 2014 als opgeleverd moet worden beschouwd en wijst de door de hoofdaannemer gevorderde korting wegens te late oplevering af. Tot dat oordeel komt het scheidsrecht omdat in het onderhandelingsverslag (dat volgens de tekst daarvan onlosmakelijk onderdeel uitmaakt van de onderaannemingsovereenkomst) is bepaald dat in de relatie tussen hoofdaannemer en onderaannemer paragraaf 9 UAV 2012 van toepassing is op de oplevering. Hoewel in casu op de hoofdaannemer de verplichting rust om het werk 'turn-key' aan zijn opdrachtgever op te leveren, geldt dit volgens het scheidsrecht op grond van de onderaannemingsovereenkomst niet voor de onderaannemer. Op het onderdeel van de oplevering verschillen de hoofdaannemingsovereenkomst en onderaannemingsovereenkomst namelijk inhoudelijk van elkaar. Nu ook de aard van de overeenkomst volgens het scheidsrecht meer weg heeft van een traditioneel contract (in plaats van geïntegreerd, zoals de hoofdaannemingsovereenkomst) en de handelswijze van partijen tijdens de uitvoering daar ook meer bij aansluit, overweegt het scheidsrecht dat niet back-to-back is gecontracteerd. Die overweging verbaast mijns inziens ook niet. De hoofdaannemer heeft immers het programma van eisen van de gemeente vertaald in een traditioneel bestek.

13. Het scheidsrecht geeft niet alleen aan dat in casu niet (op de juiste wijze) back-to-back is gecontracteerd, maar zet tevens kort uiteen hoe het volgens haar wel had moeten. Zo overweegt het scheidsrecht dat de hoofdaannemer uitdrukkelijk en specifiek had moeten aangeven welke contractuele bepalingen hij een-op-een wenste door te leggen aan de onderaannemer. Het scheidsrecht vindt daarbij nog van belang dat de onderaannemer niet van meet af aan betrokken is geweest bij het ontwerpproces en daardoor een wezenlijk andere positie inneemt dan die van de hoofdaannemer.

3 RvA 20 december 2018, nr. 36.204, r.o. 11; RvA 12 oktober 2012 nr. 31.641, r.o. 22; RvA 14 juni 2012, nr. 33.755, r.o. 23; Rb. Maastricht 30 mei 2002, r.o. 2.11 ECLI:NL:RBMAA:2002:AE4056.

14. Vermeldenswaardig is bovendien het feit dat de hoofdaannemingsovereenkomst wel in de onderaannemingsovereenkomst is genoemd, maar niet aan de onderaannemer is verstrekt. Volgens het scheidsrecht betreft dit een belangrijke factor voor het oordeel dat niet back-to-back is gecontracteerd. Tot een soortgelijk oordeel kwam de RvA ook in een uitspraak uit 2012.⁴ In die uitspraak oordeelde het scheidsrecht dat het aan de hoofdaannemer was om de onderaannemer op de hoogte te stellen van de inhoud van de hoofdaannemingsovereenkomst om haar zodoende in de gelegenheid te stellen aan de (in casu in de algemene voorwaarden verstopte) back-to-back bepaling te voldoen. In 2014 oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden evenwel dat het al dan niet verstrekken van de hoofdaannemingsovereenkomst niet relevant was, omdat het voor de professionele onderaannemer duidelijk had moeten zijn dat was beoogd het aangenomen werk back-to-back met hem te contracteren. Het feit dat de onderaannemer de hoofdaannemingsovereenkomst niet had gezien en geen navraag had gedaan naar de inhoud daarvan, kwam daarom voor zijn eigen risico.⁵ De RvA leek het Hof Arnhem-Leeuwarden in 2017 te volgen, toen zij oordeelde dat het feit dat de aan- nemer in casu niet bekend was met de inhoud van de back-to-back doorgelegde hoofdaannemingsovereenkomst, voor risico van de onderaannemer kwam.⁶ De onderaannemer had volgens het scheidsrecht bij het sluiten van de onderaannemingsovereenkomst naar een volledig exemplaar van de hoofdaannemingsovereenkomst kunnen en daarom moeten vragen. In een andere uitspraak van de RvA uit 2017, was het voldoende dat de onderaannemer de hoofdaannemingsovereenkomst had kunnen raadplegen via een server waarvan de hoofdaannemer de inloggegevens had verschaft.⁷ Als de onderaannemer meende dat hoofdaannemingsovereenkomst niet tot de contractstukken behoorde, had hij dat kenbaar moeten maken voordat hij de onderaannemingsovereenkomst ondertekende en ter zake een voorbehoud moeten maken. In 2019 oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden in een bevoegdheidsincident over de vraag of de UAV-GC 2005 back-to-back waren door gecontracteerd.⁸ Hier leidde aanvaarding van de onderaannemingsovereenkomst zonder inhoudelijke reactie of voorbehoud tot het oordeel dat de UAV-GC 2005 waren overeengekomen. In deze uitspraak lijkt deze lijn door de RvA niet (meer) te worden gevolgd en draait de hoofdaannemer toch weer op voor de gevolgen van het niet-verstrekken van de hoofdaannemingsovereenkomst. Om die reden doet een hoofdaannemer die back-to-back wenst te contracteren met een onderaannemer, er verstandig aan er voor te zorgen dat aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

- (a) zorg ervoor dat uit de onderaannemingsovereenkomst duidelijk blijkt dat het de bedoeling van partijen is om

4 RvA 14 juni 2012, nr. 33.755, r.o. 23.

5 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8053, r.o. 4.8-4.9.

6 RvA 2 november 2017, nr. 35.732, r.o. 18 en 47.

7 RvA 13 november 2017, nr. 36.196, r.o. 22-23.

8 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2019, r.o. 4.6-4.7, TvA 2019/38.

back-to-back te contracteren. Volsta in dat verband niet met het enkel opnemen van een back-to-back bepaling, maar geef uitdrukkelijk en specifiek aan welke bepalingen uit de hoofdaannemingsovereenkomst back-to-back worden doorgelegd. Neem bijvoorbeeld in de considerans en/of een aparte bepaling op dat partijen back-to-back wensen te contracteren en geef daarbij aan dat de hoofdaannemingsovereenkomst waarnaar wordt verwezen contractuele bedingen bevat;

- (b) verstrek voldoende documenten waaruit de back-to-back aan de onderaannemer door te leggen verplichtingen blijken, waaronder in ieder geval de hoofdaannemingsovereenkomst. Voeg zekerheidshalve de hoofdaannemingsovereenkomst als bijlage toe aan de onderaannemingsovereenkomst en laat deze door de onderaannemer paraferen. Hiermee kunnen discussies over de vraag of de onderaannemer op de hoogte was van de inhoud van de hoofdaannemingsovereenkomst worden voorkomen. Het enkel verstrekken van de technische delen van het programma van eisen kan, zo blijkt uit deze uitspraak, worden uitgelegd alsof de hoofdaannemer bedoeld heeft uitsluitend delen van het technisch werk back-to-back aan de onderaannemer op te dragen;
- (c) waak ervoor dat bepalingen uit de onderaannemingsovereenkomst en hoofdaannemingsovereenkomst inhoudelijk niet te veel van elkaar verschillen. Uiteraard kunnen met de onderaannemer op onderdelen afspraken worden gemaakt die afwijken van hetgeen in de hoofdaannemingsovereenkomst is overeengekomen, maar het verdient aanbeveling om in dat geval een zeer duidelijke rangorderegeling op te nemen. Bij strijd tussen dergelijke afspraken is dan duidelijk welke bepaling prevaleert⁹; en
- (d) zorg dat de handelswijze van partijen tijdens de uitvoering aansluit bij hetgeen contractueel is overeengekomen. Bepalingen in het contract zijn niet allesbepalend. Het gaat erom wat partijen hebben bedoeld en uit deze uitspraak blijkt maar weer eens dat veel belang wordt gehecht aan de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering aan de onderaannemingsovereenkomst hebben gegeven.¹⁰

Conclusie

15. Deze uitspraak is zowel voor opdrachtgevers als aannemers van belang. Beide partijen zullen immers reeds bij het sluiten van de overeenkomst willen weten waar zij aan toe zijn en discussies over de aard en omvang van de contractuele verplichtingen tijdens de uitvoering willen voorkomen. Het verdient in dat verband aanbeveling om niet alleen goed na te denken over de tekst van de overeenkomst, maar ook de documenten te verstrekken waar de

overeenkomst naar verwijst en de handelswijze tijdens de uitvoering af te stemmen op hetgeen contractueel is overeengekomen.

E.L.B. van Eck

⁹ Zie ook: RvA 2 november 2017, nr. 35.732, r.o. 52.

¹⁰ De omstandigheid dat partijen zich tijdens de uitvoering op een andere wijze hadden gedragen dan hetgeen contractueel was overeengekomen speelde ook een rol in RvA 3 april 2019, nr. 36.144, r.o. 82 en Rb. Maastricht 30 mei 2002 ECLI:NL:RBMAA:2002:AE4056, r.o. 2.5.