

PlasBossinade

advocaten notarissen

PlasBossinade Advocaten N.V.

Postadres

Postbus 1100

9701 BC Groningen

Bezoek- en factuuradres

Paterswoldseweg 804

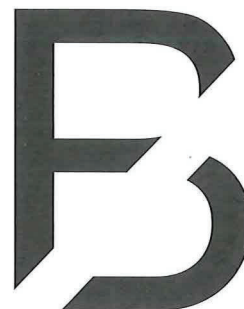
9728 BM Groningen

www.plasbossinade.nl

Tel. : + 31 (0)50 521 43 33

KvK : 01144514

Gemeente Midden-Drenthe
t.a.v. mevrouw A. Mencke
Raadhuisplein 1
9411 NB BEILEN



Groningen, 21 september 2020

per e-mail:

a.mencke@middendrenthe.nl

Inzake : Gemeente Midden-Drenthe/Advies rotonde Beilen
Onze ref. : 20200513-759/pb/pb/20-01371387

mr. P. Bluemink
Advocaat
Tel. direct : (050) 521 43 64
Fax direct : (050) 521 43 14
E-mail : bluemink@plasbossinade.nl

Geachte mevrouw Mencke, beste Annette,

Vraag

Je vroeg mij een kort onderzoek uit te voeren naar de mogelijkheid om de extra kosten van de rotonde in Beilen, als gevolg van de tegenvallende draagkracht van de bodem, terug te vorderen. Na bestudering van onder meer de Nota van Inlichtingen, het Bestek en de formele opdracht heb ik bij e-mailbericht van 11 augustus 2020 enkele vragen gesteld. Mede naar aanleiding van jullie antwoord op mijn vragen kom ik tot het volgende antwoord.

Antwoord

Schagen is tijdens haar werkzaamheden aan de rotonde op 'problemen' gestuit. Documentatie van deze problematiek ontbreekt. Tussen de Gemeente en Schagen zijn niettemin afspraken gemaakt over de problemen. Deze afspraken tussen de Gemeente en Schagen zijn mondeling gemaakt en niet schriftelijk vastgelegd. Om die reden kan ik niet beoordelen of in onderhavige zaak sprake is geweest van een 'onterechte aanspraak' van Schagen op bijbetaling en/of verrekening van meerwerk. Juist omdat enig bewijs van de gemaakte afspraken en de 'problemen' in dit werk lijkt te ontbreken, acht ik de kans gering dat in rechte met succes (terug)betaling van enig bedrag door Schagen aan de Gemeente gevorderd kan worden.

In het hiernavolgende zal ik het antwoord op de vraag nader toelichten.

PlasBossinade

advocaten notarissen

Toelichting

De afwijkende toestand

In verband met de aanleg van de rotonde te Beilen heeft de Gemeente een aanbesteding georganiseerd. Aan de hand van een Inschrijfleidraad heeft de Gemeente een Standaard RAW-bestek (kenmerk 009171-BS d.d. 15 oktober 2019) in de markt gezet. De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken (UAV 2012) zijn van toepassing verklaard. Dit is relevant voor onderhavige vraag.

Als uitgangspunt geldt namelijk dat de aannemer verplicht is het werk uit te voeren naar de bepalingen van de overeenkomst, zonder aanspraak op verrekening, bijbetaling of schadevergoeding te kunnen doen gelden dan in de gevallen, waarin dat bepaaldelijk voorgeschreven of kennelijk bedoeld is (vide paragraaf 6 lid 1 UAV). Daarom moet worden nagegaan of een dergelijk geval – dat recht geeft op bijbetaling – zich heeft voorgedaan.

In haar inschrijving op de aanbesteding heeft Schagen opgemerkt:

"bij de besteksdocumenten zijn geen geotechnische gegevens van de bodem van het projectgebied verstrekt. Uit onze ervaring met werkzaamheden in dit gebied, weten wij dat de draagkrachtige vaste zandlaag kan variëren."

Om die reden heeft Schagen zelf drie proefboringen uitgevoerd. Schagen concludeert aan de hand van de uitslagen van die boringen dat een risico bestaat, en:

"Om dit risico te beheersen adviseren wij u om vooraf aanvullend bodemonderzoek te doen om ongewenste situaties tijdens de uitvoeringsfase te voorkomen."

Hoewel Schagen heeft gewezen op het risico van een afwijkende bodemtoestand, is dat voor de Gemeente geen reden geweest om de aanbesteding op te schorten. Op 11 december 2019 heeft de Gemeente aan Schagen de opdracht gegund. Eerst na de definitieve gunning van de opdracht heeft de Gemeente een bodemonderzoek doen laten uitvoeren. Dit onderzoek is uitgevoerd door Koops Grondmechanica. Uit het onderzoeksrapport d.d. 19 december 2019 is geen afwijkende toestand ten opzichte van het bestek gebleken.

Blijkens een brief d.d. 2 juni 2020 aan de raads- en commissieleden van de Gemeente is tijdens het werk gebleken dat de feitelijke bodemtoestand afwijkt van het bestek, althans afwijkt van hetgeen Schagen mocht verwachten. In het gebied waar vroeger de Beilervaart heeft gestroomd, blijkt sprake te zijn van "een zwakke plek" in de ondergrond. Achteraf is vastgesteld dat door Koops Grondmechanica vlak náást deze zwakke plek boormonsters zijn genomen. Het onderzoek door Koops is kennelijk goed uitgevoerd, daarover bestaan geen twijfels bij de Gemeente.

PlasBossinade

advocaten notarissen

Als gevolg van de "zwakke plekken" heeft de Gemeente extra kosten betaald. Die extra kosten zijn blijkens een brief d.d. 2 juni 2020 aan de raads- en commissieleden van de Gemeente vastgesteld op een bedrag van € 225.000,-- (dit bedrag is overigens niet onderbouwd, er wordt verwezen naar bijlage 5 maar deze bijlage heb ik niet ontvangen) en een bedrag van € 280.000,--, waarvan € 180.000,-- aan *meerkosten*.

De aard en omvang van deze kostenposten kan ik – ondanks vragen daartoe – vooralsnog niet duiden, al is mij wel duidelijk geworden dat de kosten zijn gemaakt in verband met de *afwijkende bodemtoestand*.

In verband met de extra kosten als gevolg van de "problemen" heb ik enkele vragen gesteld. Uit de antwoorden van [REDACTED] d.d. 11 augustus jl. op mijn vragen volgt dat Schagen op 12 februari 2020 bij de Gemeente heeft gemeld dat zij tegen een probleem van slechte ondergrond aanloopt. Een schriftelijke onderbouwing van deze problemen is niet gevonden, de melding van Schagen zou bovendien mondeling zijn gedaan.

In dit verband merk ik op dat [REDACTED] heeft gemeld dat veel zaken tussen de Gemeente en Schagen ten aanzien van de problemen en de extra kosten wel zijn besproken, maar niet zijn vastgelegd. Dat zit hem dus zowel in de 'aard' van de extra gemaakte kosten, maar ook in de omvang daarvan. Het is mij op dit moment (dus) niet duidelijk waarom de Gemeente extra kosten heeft uitbetaald aan Schagen. Daarvoor zijn naar mijn oordeel twee mogelijke redenen.

1: Bestek wijziging

Uit de antwoorden van [REDACTED] d.d. 11 augustus jl. en de brief van 2 juni 2020 volgt dat de Gemeente, om het werk niet te vertragen en andere extra kosten te vermijden, als gevolg van de problemen *extra werkzaamheden* aan Schagen heeft opgedragen terwijl op dat moment nog niet duidelijk was waar de problemen uit bestonden en welke kosten daarmee exact gepaard zouden gaan. Welke extra werkzaamheden dat zijn en tegen welke voorwaarden die extra opdracht is gegeven, blijft vooralsnog onduidelijk.

Een schriftelijke opdracht tot deze extra werkzaamheden is in dit dossier niet gevonden, al is door [REDACTED] opgemerkt dat deze *extra werkzaamheden* mondeling zijn opgedragen. Het lijkt er daarom op dat de Gemeente aan Schagen een – mondelinge – bestekswijziging heeft opgedragen.

Ten overvloede: onder bestekswijziging wordt in paragraaf 36 van de UAV verstaan de wijzigingen in het bestek, het werk of de voorwaarden van uitvoering van het werk.

Indien sprake is geweest van een bestekswijziging (of meerdere wijzigingen) dan dient op voet van paragraaf 35 verrekening van meer- en minderwerk plaats te vinden. Omdat ik bij gebrek aan documentatie niet kan beoordelen op grond waarvan "*extra kosten*" zijn gemaakt, volsta ik met de conclusie dat mogelijk sprake is geweest van een bestekswijziging, als gevolg waarvan verrekening van meer- en minderwerk heeft plaatsgevonden.

PlasBossinade

advocaten notarissen

2: Verschillen in de toestand van bestaande werken en terreinen

Ook indien geen sprake is geweest van een bestekswijziging, bestaat een mogelijke verklaring voor de extra betalingen aan Schagen.

In paragraaf 29 lid 3 UAV is namelijk bepaald dat verschillen tussen de tijdens de uitvoering blijvende toestand van bestaande gebouwen, werken en terreinen enerzijds en de in het bestek aangeduide toestand anderzijds, *afgezien van de verrekening van meer en minder werk*, aanspraak geven op *bijbetaling*, indien die verschillen van zodanige aard zijn, dat de gevolgen daarvan redelijkerwijs niet voor rekening van de aannemer dienen te komen.

Uit vaste jurisprudentie van de Raad van Arbitrage volgt dat een inschrijver er bij een RAW-bestek vanuit mag gaan dat alle resultaatsverplichtingen in het bestek zijn opgenomen, zodat de inschrijver op basis van het bestek het werk kan begroten. Dit is dan ook het vertrekpunt voor het kunnen vast stellen van een verschil in de zin van paragraaf 29.

Met inachtneming van dit 'juridisch kader' moet worden gezien of Schagen al dan niet terecht aanspraak heeft gemaakt op bijbetaling en moet worden nagegaan of de Gemeente (al dan niet) terecht is overgegaan tot uitkering van de extra bedragen.

In verband met dit advies heb ik aangenomen dat de "problemen in het werk", althans de "zwakke plek" in de ondergrond niet overeenkomt met de situatie zoals deze in de aanbesteding (en het bestek) is aangeduid en niet door Schagen verwacht behoefde te worden. Om die reden komt het mij voor dat Schagen – inderdaad – aanspraak heeft kunnen maken op bijbetaling.

(precontractuele) waarschuwingsplicht Schagen?

In het voorgaande heb ik twee (mogelijke) redenen benoemd voor de extra betalingen aan Schagen. Die redenen geven Schagen recht op vergoeding van gemaakte kosten. Ten overvloede wijs ik daarbij nog op het volgende.

In zijn algemeenheid geldt dat op een aannemer een (precontractuele) waarschuwingsplicht rust. Op grond van artikel 7:754 BW en de UAV geldt dat de aannemer een plicht heeft om te waarschuwen voor fouten of gebreken in de door de opdrachtgever verstrekte stukken. Die waarschuwingsplicht geldt ook in de precontractuele fase, dus ook tijdens de aanbesteding.

Schending van deze waarschuwingsplicht betekent dat de aannemer zelf aansprakelijk is voor de beweerdelijke tegenstrijdigheden, onjuistheden of fouten. Schending van de wettelijke waarschuwingsplicht kan namelijk leiden tot verval van aanspraken.

In verband met de afwijkende toestand betekent dit dat Schagen, gelet op de ten tijde van de inschrijving kenbare gegevens, min of meer moet hebben geweten dat sprake was van

PlasBossinade

advocatennotarissen

een afwijkende bodemtoestand. Dat gaat ver en – gelet op het feit dat uit bodemonderzoek ook niet direct is gebleken dat sprake was van een afwijkende toestand – lijkt dit (te) ver gezocht.

Naast artikel 7:754 BW geldt dat op grond van artikel 7:755 BW op de aannemer een plicht rust om een reëel inzicht te geven in omvang van concreet te verwachten meerkosten (bijvoorbeeld bij een bestekswijziging). Laat een aannemer dat na, dan is dat mogelijk een reden om niet álle gevorderde kosten als meerwerk te verrekenen.

Het is mij – gelet op de onduidelijkheid in dit dossier – niet duidelijk geworden of Schagen de kosten inzichtelijk heeft gemaakt en daarvoor heeft gewaarschuwd. Om die reden kan ik niet vaststellen of de Gemeente (al dan niet terecht) de kosten terecht aan Schagen heeft uitgekeerd.

Tot slot

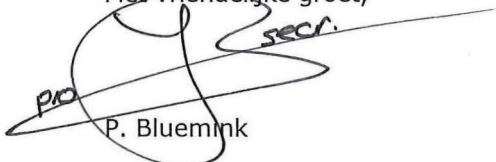
In het voorgaande heb ik geconcludeerd dat er mogelijke grondslagen bestaan voor de extra betalingen aan Schagen. Het feit dat er gronden voor een dergelijke aanspraak bestaan, gecombineerd met het gegeven dát ook daadwerkelijk door de Gemeente is betaald (nota bene zonder enig voorbehoud), leidt mij tot de conclusie dat de kans gering is dat terugbetaling van enig bedrag kan worden gevorderd.

Dit geldt temeer als aan de betalingen door de Gemeente aan Schagen een overeenkomst ten grondslag heeft gelegen, al dan niet mondeling. Dit kan ik niet uitsluiten, gelet op het feit dat de Gemeente aan Schagen kennelijk '*extra werkzaamheden*' heeft opgedragen. Als een dergelijke overeenkomst is gesloten, dan moet deze worden nagekomen. Het is immers uitgangspunt van de Nederlandse wet dat overeenkomsten moeten worden nagekomen.

*_*_*_*_*

Tot zover mijn advies. Ik vertrouw erop u hiermee vooreerst voldoende te hebben geïnformeerd. Indien u naar aanleiding van dit advies aanvullende vragen hebt of behoefte hebt aan nader overleg dan weet u mij voor de beantwoording daarvan of voor overleg vanzelfsprekend bereid.

Met vriendelijke groet,


P. Bluemink