

gelegen om de planschade geheel of gedeeltelijk voor rekening van de eigenaar te laten.

I.P.A. van Heijst

Aanneming van werk

BR 2018/6

Rechtbank Den Haag 27 september 2017, nr. C/09/503755 / HA ZA 16-80

(Mrs. H.W. Vogels, I.A.M. Kroft en M.L. Harmsen)
m.nt. M.R. Lim¹

(Art. 7:754, 7:755 BW)

ECLI:NL:RBDHA:2017:11756

Ontwerpverantwoordelijkheid. Geen traditionele scheiding ontwerpfase en uitvoering.

Uit de contractstukken, in samenhang gezien, volgt dat bij de opdracht voor dit werk uitdrukkelijk afstand is genomen van een traditionele contractvorm die een strikte scheiding kent tussen enerzijds het ontwerp (een bestek afkomstig van de opdrachtgever en opgesteld door ontwerpende partijen) en anderzijds de uitvoering (door uitvoerende partijen, aannemers) in welke traditionele contractvorm de uitvoerende partijen niet aansprakelijk zijn voor fouten in het ontwerp. De Universiteit heeft er voor gekozen om de uitvoerende partijen al bij de voorbereidings- en ontwerpfase, Fase A, te betrekken om hen de functionele bestekken waarop was aanbesteed te laten controleren en te optimaliseren. Inschrijvers zijn er expliciet op gewezen dat zij moesten bijdragen aan een uitvoeringsgereed bestek en in zoverre ontwerpverantwoordelijkheid droegen voor hun inbreng.

in de hoofdzaak C/09/503755 / HA ZA 16-80 van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Engie Services West Nederland B.V. (voorheen Cofely West Nederland B.V.),
gevestigd te Zaandam,
eiseres,
advocaat mr. G.W. van der Bend te Amsterdam,
tegen

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon Universiteit Leiden,
gevestigd te Leiden,
gedaagde,
advocaat mr. M. Straatman te Rotterdam,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Heijmans Utiliteit B.V.,
gevestigd te Rosmalen,
gedaagde,

¹ Mark Lim is advocaat bij Legaltree.

advocaat mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,
in de vrijwaringszaak C/09/516940 / HA ZA 16-995 (vrijwaringszaak I) van
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Heijmans Utiliteit B.V.,
gevestigd te Rosmalen,
eiseres,
advocaat mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,
tegen
de publiekrechtelijke rechtspersoon
Universiteit Leiden,
gevestigd te Leiden,
gedaagde,
advocaat mr. M. Straatman te Rotterdam,
in de vrijwaringszaak met zaak-/rolnummer C/09/516976 / HA ZA 16-1001 (vrijwaringszaak II) van:
de publiekrechtelijke rechtspersoon
Universiteit Leiden,
gevestigd te Leiden,
eiseres, gedaagde in voorwaardelijke reconventie,
advocaat: mr. M. Straatman te Rotterdam,
tegen
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Heijmans Utiliteit B.V.,
gevestigd te Rosmalen,
gedaagde, eiseres in voorwaardelijke reconventie,
advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,
en in de vrijwaringszaak met zaak-/rolnummer C/09/517079 / HA ZA 16-1007 (vrijwaringszaak III) van:
de publiekrechtelijke rechtspersoon
Universiteit Leiden,
gevestigd te Leiden,
eiseres,
advocaat: mr. M. Straatman te Rotterdam,
tegen
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Arcadis Nederland B.V.,
gevestigd te Arnhem,
gedaagde,
advocaat: mr. H.M. Giezen te Amsterdam.
Partijen zullen hierna Engie, de Universiteit, Heijmans en Arcadis genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure in de hoofdzaak blijkt uit:

- de dagvaarding van 10 en 11 december 2015 met producties 1 t/m 49;
- de incidentele conclusie tot oproeping in vrijwaring van de Universiteit van 4 mei 2016 met producties U-1 t/m U-3;
- de incidentele conclusie houdende exceptie van onbevoegdheid, (subsidiar) houdende vordering tot niet-ontvankelijkheidsverklaring, (meer subsidiar) tot oproeping in vrijwaring van Heijmans van 4 mei 2017 met producties H-1 t/m H-13;

- de conclusie van antwoord van Engie van 1 juni 2016 in de incidenten zijdens Heijmans, tevens in incident zijdens de Universiteit met productie 50;
 - het vonnis van 13 juli 2016, waarbij aan de Universiteit is toegestaan Heijmans en Arcadis in vrijwaring op te roepen en aan Heijmans is toegestaan de Universiteit in vrijwaring op te roepen;
 - de conclusie van antwoord van de Universiteit met producties U-1 t/m U-56;
 - de conclusie van antwoord van Heijmans met producties H-14 t/m H-17;
 - de akte overlegging productie van 24 augustus 2016 met (juiste) productie 21 van Engie;
 - het tussenvonnissen van 30 november 2016, waarin een comparitie van partijen is bevolen;-
 - de brief van Heijmans van 11 april 2017 met producties 18 t/m 27;
 - de akte overlegging producties van Engie van 29 juni 2017 met producties 42 (gecorrigeerd) en 51 t/m 54;
 - de akte overlegging producties hoofdzaak van 29 juni 2017 met producties U62 en U63 van de Universiteit;
 - de nadere akte in de hoofdzaak van de Universiteit van 29 juni 2017;
 - het proces-verbaal van comparitie van 29 juni 2017;
 - de ter comparitie van 29 juni 2017 door partijen voorgedragen pleitnotities.
- 1.2. Het verloop van de procedure in vrijwaringszaak I blijkt uit:
- de dagvaarding van 12 augustus 2016 van Heijmans;
 - de akte overlegging producties van 24 augustus 2016 met producties 1 t/m 5 van Heijmans;
 - de conclusie van antwoord in vrijwaring van de Universiteit met producties U1 en U2;
 - het tussenvonnissen van 30 november 2016 en 7 december 2016, waarin een comparitie van partijen is bevolen;
 - de nadere akte van de Universiteit van 29 juni 2017;
 - het proces-verbaal van comparitie van 29 juni 2017;
 - de ter comparitie van 29 juni 2017 door partijen voorgedragen pleitnotities.
- 1.3. Het verloop van de procedure in vrijwaringszaak II blijkt uit:
- de dagvaarding van 16 augustus 2016 met producties 1 t/m 10 van de Universiteit;
 - de conclusie van antwoord in vrijwaring van Heijmans tevens houdende voorwaardelijke eis in reconventie met 4 producties;
 - het tussenvonnissen van 30 november, waarin een comparitie van partijen is bevolen;
 - de conclusie van antwoord in voorwaardelijke reconventie, tevens houdende akte in conventie van de Universiteit;
 - het proces-verbaal van comparitie van 29 juni 2017;
 - de ter comparitie van 29 juni 2017 door partijen voorgedragen pleitnotities.
- 1.4. Het verloop van de procedure in vrijwaringszaak III blijkt uit:
- de dagvaarding van 16 augustus 2016 van de Universiteit;
 - de akte houdende overlegging producties van de Universiteit van 24 augustus 2016 met producties Uv-1 t/m 5;
 - de conclusie van antwoord in vrijwaring met producties A 1 t/m A 5 van Arcadis;
 - het tussenvonnissen van 30 november 2016, waarin een comparitie van partijen is bevolen;
 - de akte houdende overlegging producties met productie Uv-6 van de Universiteit van 29 juni 2017;
 - de nadere akte met productie Uv-7 van de Universiteit van 29 juni 2017;
 - het proces-verbaal van comparitie van 29 juni 2017;
 - de ter comparitie van 29 juni 2017 door partijen voorgedragen pleitnotities.
- 1.5. Naar aanleiding van de brief van Heijmans van 15 maart 2017 is afgesproken dat de processtukken van de hoofdzaak niet (nogmaals) in de vrijwaringszaken hoeven te worden overgelegd.
- 1.6. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld om eventuele onjuistheden schriftelijk kenbaar te maken op het buiten hun aanwezigheid opgemaakte proces-verbaal. Heijmans heeft daarvan gebruik gemaakt bij B-16 formulier van 13 juli 2017, Engie bij B-16 formulier van 18 juli 2017 en de Universiteit bij faxbericht van 20 juli 2017. Deze berichten zijn aan het procesdossier toegevoegd.
- 1.7. Ten slotte is een datum voor vonnis bepaald.

2 De feiten

Inleiding

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

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

2.3. Tussen Engie enerzijds en de Universiteit en Heijmans anderzijds is een geschil ontstaan over door Engie gestelde onjuistheden in het ontwerp van de technische installaties van Arcadis. Engie stelt dat de onjuistheden heb-

ben geleid tot extra kosten (meerwerk) aan haar zijde ten bedrage van € 5.198.522, waarvan zij in deze procedure vergoeding vordert van zowel de Universiteit als Heijmans.

De aanbestedingsprocedure

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

‘2. Contracteringsmethode (...)

2.1. doelstellingen (...)

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

2.2. fasering en contractvorm

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

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

Op basis van de door de uitvoerende partijen gegeven voorstellen wordt het ontwerp ten aanzien van de uitvoering geoptimaliseerd. De uitvoerende partijen participeren dus daadwerkelijk in de uitwerking van het bestek waarop is aanbesteed tot uitvoeringsbestek. De

architect en adviseurs blijven conform DNR 2005 primair verantwoordelijk voor het ontwerp. (...)

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

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

Vergoedingen

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

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

‘3 Werkzaamheden en verplichtingen

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

3.1 Algemeen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De taken van de installateur in fase A zijn nader beschreven in bijlage 1. Naast de beschreven werkzaamheden zijn in fase A ook procesmatige aspecten van belang zoals klantgericht werken, goed samenwerken met de opdrachtgever, bouwdirectie, architect, adviseurs en de andere uitvoerende partijen en het gebruiken van ieders kennis en kunde op een zo optimaal mogelijke wijze, gericht op het beoogde eindresultaat.

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

2.6. Relevante bepalingen in bijlage 1 'Taakbeschrijving installateur' bij het Beheersplan zijn:

'(...) Taken (...)

Informatie

(...)

18. verstrekken van een overzicht aan de architect, de constructeur en de adviseur installaties met aantallen en complete specificaties van alle toegepaste fabricaten en materialen voor verwerking in het bestek;

19. leveren van overige informatie die noodzakelijk is voor het door de architect, de constructeur en de adviseur installaties te vervaardigen uitvoeringsbestek.

(...)

Technisch inhoudelijke taken

(...)

30. afstemmen en coördineren onderling van de bouwkundige, constructieve, installatietechnische, labbouw tekeningen en bestekken (resultaatsverplichting);

31. aangeven van eventuele afstemmingsproblemen tussen de bouwkundige, constructieve en installatietechnische werkzaamheden en het verantwoordelijk zijn voor het oplossen ervan;

(...)

34. inbrengen van kennis en kunde op het gebied van uitwerking van het ontwerp;

35. inbrengen van optimalisatie voorstellen om gedurende fase A tot een optimalisatie van het plan te komen binnen de eigen inschrijfsom voor fase B;

36. uitwerken van goedgekeurde optimalisatievoorstellen in samenwerking met de ontwerpende partijen;

(...)

38. adviseren in de detaillering van de diverse deelontwerpen teneinde uniformiteit te bewerkstelligen,

zonder dat dit nadelige consequentie heeft voor onder andere de architectuur, signatuur en identiteit van het ontwerp;

39. informatie aanleveren aangaande de besparingstekeningen;

40. bijdragen aan de totstandkoming van de nota op het bestek en tekeningen;

(...)

2.7. In het Bestek algemene voorwaarden en bouwplaatsvoorzieningen installatietechnische werken (hierna: het Bestek algemene voorwaarden), dat onderdeel uitmaakt van het aanbestedingsdossier, is onder meer bepaald:

'01.02.34.

01. WIJZIGINGEN IN DE UITVOERING

Goedkeuring van door de aannemer voor te stellen wijzigingen in constructie – en/of uitvoeringswijzen en daaruit voortvloeiende aanpassingen van andere werken en werkzaamheden zal in geen geval kunnen leiden tot het in rekening brengen van meerwerk. De verantwoordelijkheid voor de deugdelijkheid van de betreffende voorstellen van de aannemer berust ondanks goedkeuring van directie geheel bij de aannemer. De volgende kosten zijn voor rekening aannemer:

- Eventuele aanvullende kosten voor de opdrachtgever, architect, adviseur(s) en nevenaannemer(s) als gevolg van genoemde wijzigingen.
- De kosten van controlewerkzaamheden, het vervaardigen van nieuwe en/of het wijzigen van bestaande (constructie) tekeningen en/of berekeningen als gevolg van genoemde wijzigingen.

(...)

01.05.10

TEKENINGEN EN BEREKENINGEN

(...)

19. VERANTWOORDELIJKHEID TEKENINGEN EN/OF BEREKENINGEN

Voor die onderdelen waarvan de tekeningen en/of berekeningen door of namens de aannemer worden gemaakt geldt dat de aannemer verantwoordelijk is voor (het opstellen van) deze documenten, alsmede voor de samstelling, de gekozen constructiewijze, de uitvoering en maatvoering van die onderdelen. Dit ongeacht goedkeuring door directie.

(...)

92. WERKTEKENINGEN

De aannemer van het bestek vervaardigt werktekeningen, tenminste schaal 1:50 van alle installaties, zoals ze in het bestek zijn be- en omschreven, inclusief de bijbehorende tekeningen. Werktekeningen van onderaannemers, controleert en parafeert de aannemer eerst zelf, alvorens deze bij de directie in te dienen.

(...)

De werktekeningen geven de geplande installatie(s) ten opzichte van de (ruw)bouw weer. Ze zijn bestemd voor montage werkzaamheden en dienen informatie te geven omtrent de bouwstoffen, de diameter van leidingen, de afmetingen van kanalen, apparaten e.d., de juiste plaats ten opzichte van de bouwcoördinaten, de capaciteit of het vermogen van de toestellen en verder alle andere gegevens die nodig zijn om de functionele werking, opstelling, bereikbaarheid en het juiste beloop van de nieuw aan te brengen en eventuele bestaande leidingen, kanalen, kabelgoten, apparatuur enz. te kunnen beoordelen. (...)

Fabricagetekeningen en maatschetsen geven details van installatie – onderdelen, units, schakel – en verdeelinrichtingen, meet – en regelkasten of toestellen. Tevens hierop vermelden de gebruikte bouwstoffen, de maatvoering met eventuele toleranties en kwaliteit van afwerking.'

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

'De besteksontwerp berekeningen, welke door de installatie-adviseur zijn vervaardigd, zijn ten behoeve van het globaal vaststellen van de luchtdebieten.

(...)

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

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

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

de contractdocumenten (onder meer) uniform, eenduidig, compleet, uitvoerbaar zouden zijn, zonder welke verklaring geen opdracht zou worden verstrekt voor Fase B.

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

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

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

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

Fase A

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

2.15. Fase A heeft geresulteerd in een 4e nota van inlichtingen, waarin aanpassingen op het oorspronkelijk bestekontwerp en de bestektekeningen zijn opgenomen. Ook de 4e nota van inlichtingen is op 8 juli 2013 getekend en maakt onderdeel uit van de contractdocumentatie voor Fase B. Op bladzijde 10 is onder de kop 'Algemene aanvulling: Reactie op montageplan Cofely' opgenomen dat Engie de vrijheid heeft om 'in de detail engineeringsfase voor het optimaliseren van verschillende tracés en mogelijke posities van kabels en leidingen binnen de tracés en binnen de bouwkundige uitgangspunten modulebouw toe te passen', waarbij bepaald is dat de Universiteit geen enkele verantwoordelijkheid voor

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

Verklaring Engie en wat er aan vooraf ging

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

'Verklaring Acceptatie Contractstukken Uitvoering

Hierbij verklaart Cofely West Nederland B.V. dat hij heeft geparticipeerd in fase A van de Nieuwbouw Bètacampus fase I Universiteit Leiden en dat hij gedurende fase A voldoende in de gelegenheid is gesteld en alles in het werk heeft gesteld om volledige afstemming en coördinatie te bewerkstelligen tussen de contractstukken.

Hierbij verklaart Cofely West Nederland B.V. dat alle contractstukken voor de uitvoering van fase B van de Nieuwbouw Bètacampus fase 1 Universiteit Leiden, bestaande uit:

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

- de projectdocumentenlijst COFELY – (DDL) – Bètacampus FWN Leiden d.d. 8 juli 2013 rev 4;
- het beslissingen-/Bemonsteringslijst BML-01 d.d. 8 juli;
- de uitvoeringsplanning (Algemeen Tijdschema) UVP 6 d.d. 8 juli 2013;
- het principeschema Afbouw LnB.V.leugel as 22 – as 27 d.d. 8 juli 2013;
- het principeschema Afbouw Algemene verdieping as 20 – as 22 d.d. 8 juli 2013;
- het principeschema Afbouw Meetgebouw Begane Grond en 1e verdieping d.d. 8 juli 2013;
- het betalingschema uitvoeringsfase van “opdrachtnemer” d.d. 8 juli 2013.

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

Tevens zijn de volgende documenten ter informatie aan Cofely West Nederland B.V. verzonden en getoetst:

- de 4e nota van inlichtingen perceel 1 d.d. 8 juli 2013;
- de 3e nota van inlichtingen perceel 1 d.d. 5 oktober 2012;
- de 2e nota van inlichtingen perceel 1 d.d. 4 oktober 2012;
- de 1e nota van inlichtingen perceel 1 d.d. 19 september 2012;
- het bouwkundig bestek, besteknummer 7379-707, inclusief bijlagen d.d. 29 juni 2012;
- het constructief bestek, besteknummer 10943K inclusief bijlagen d.d. 29 juni 2012;
- het bestek transportinstallaties, besteknummer 76.330.321 inclusief bijlagen d.d. 29 juni 2012.

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

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

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

Bij vaststelling van veranderingen in het detailontwerp zal de verandering als programmatische wijziging worden doorgevoerd en worden vergoed aan Cofely West

Nederland B.V., mits tijdig gemeld door Cofely West Nederland B.V..

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

Aldus verklaard en ondertekend te Leiden,'

2.17. Aan deze aanvullingen in de Verklaring Engie is in Fase A het volgende vooraf gegaan.

2.18. Engie heeft in Fase A kenbaar gemaakt dat zij op uiteenlopende punten onvoldoende inzicht van Arcadis kreeg in onder andere basisberekeningen en de uitgangspunten van het Oorspronkelijk Bestek. Zo heeft Engie onder andere in een Evaluatierapport van 28 februari 2013 (productie 16 bij dagvaarding) geschreven:

'Algemeen

Ontwerp team vergaderingen worden 2-wekelijks gehouden en gesteld kan worden dat de samenwerking in februari pas goed op gang komt. Arcadis stelt zich constructiever op, waardoor mensen elkaar beter vinden en er antwoorden komen op gestelde vragen.

Wel is er bij Arcadis en [A] [directievoerder voor de Universiteit, rb.] nog schroom om basisberekeningen en de gehanteerde besteksuitgangspunten aan Cofely te verstrekken. Cofely heeft, door het ontbreken van gegeden basisberekeningen, hierdoor meer vragen en besprekingen nodig om de essentie en uitwerking van het bestek te begrijpen en het bestek te kunnen toetsen. Dit past volgens ons niet in de samenwerking zoals we voor ogen hadden en legt onnodig veel druk op de planning van Fase A.

Vanwege verschillen van inzicht in de taken van adviseurs is er gesprek geweest met Arcadis, UL en Cofely. Hierin zijn afspraken gemaakt omtrent fase A. Afgesproken is dat Cofely het inzichtelijk maakt als installaties niet passen. Van deze knelpunten zal dan aangegeven worden of er aanvullende coördinatie tekeningen moeten worden gemaakt.

De overige aanlopers worden door Cofely geïnventariseerd en inzichtelijk gemaakt. Uitgangspunt moet zijn de zekerheid dat er voldoende ruimte is om installatie binnen de opgegeven kaders te projecteren. (...)

Resultaat

De beoordeling van het bestek is zo goed als afgerond. Wel zijn door de intensieve besprekingen en gewijzigde uitgangspunten nieuwe vragen gerezen.

Mbt Sprinkler, NSA en elektrotechniek zijn er de afgelopen weken wel oplossingen gevonden, helaas met kostenconsequenties.

Luchttechnisch worden besteks uitgangspunten op veel locaties niet gehaald. Onze toets breiden we nog uit. Het is waarschijnlijk dat veel luchtkanalen vergroot moeten worden. Dit geeft vervolgens nieuwe coördinatieproblemen, omdat er nu al weinig ruimte beschikbaar is boven het plafond. De komende weken zal dit zijn beslag moeten krijgen.'

2.19. Verder heeft Engie een kleine duizend vragen gesteld, die samen met de beantwoording daarvan zijn opgenomen in een Centrale Vraag- en Antwoordenlijst, opgesteld in maart 2013 (productie 9 bij dagvaarding), diverse e-mails in februari en maart 2013 (producties 7, en 14 t/m 17 bij dagvaarding) en een overleg van 27 maart 2013, neergelegd in een verslag van 2 april 2013 (productie 13 bij dagvaarding). Dat verslag, dat door Engie is opgesteld, bevat een samenvatting van het overleg. Die samenvatting luidt:

‘Het overleg van vandaag is beperkt tot het beoordelen van installatie technische clashes onderling. Bij vaststelling van de diameters van installaties is door Arcadis rekening gehouden met de installatiecomponenten zoals kleppen, geluiddempers, na- verwarmers, sprinkler, flensdiktes, bereikbaarheid, overige componenten etcetera.

Het huidige clashrapport wordt vanwege enkele kleine onvolkomenheden opnieuw verstrekt c.q. naar volledigheid bijgesteld.

Na dit overleg gaat Arcadis aan de hand van de punten die ruimtelijk niet binnen de bouwkundige kaders kunnen worden opgelost in overleg met INBO-JHK en ABT. Overigens is dit reeds een lopend traject, aldus door Arcadis aangegeven.

De clashes zijn onderverdeeld in een 3 tal categorieën, aldus Arcadis.

- “Tekenen technische clashes” die geen verdere actie behoeven (ca. 4960 stuks – 62%) in deze fase;
- Clashes “op te lossen in de werktekening fase” (ca. 2560 stuks – 32%);
- Clashes ter bespreking. (ca. 84 stuks – 6%) waarvan er 11 gebieden, vandaag, zijn behandeld.

Voor de bespreking zijn enkele voorbeelden genomen uit de clashes “op te lossen in werktekeningfase”. Hiervan is geconstateerd dat deze op te lossen zijn door het verleggen van tracés of het maken van niveau verschillen.

Van de clashes ter bespreking heeft Arcadis de oplossingsrichtingen voorgelegd aan Cofely. Dit is op het scherm in 3D of op plattegronden tijdens het overleg gedaan. Cofely heeft met enkele aandelen aangegeven dat Arcadis verder kan gaan met het uitwerken van deze punten (11 stuks) inclusief alle componenten.

Arcadis werkt ook enkele reeds door Cofely aangegeven punten verder uit

- Gebied Necem
- Schacht met brandklep
- Kabelgoten in kanaalcollegezaal (4x)
- Installatie rondom de kop van de noodtrap (13x)

Deze clashes zijn door Cofely bepaald aan de hand van 20 willekeurige steekproeven uit de lijst van circa 2560 “in de werktekeningfase op te lossen punten”.

Er wordt voorgesteld om de riolering op de BG uit te werken op werktekeningniveau met een relatie naar de overige installaties

De overige punten in fase B uitwerken.

Door Arcadis worden de snelheden in de schachten bestekmatig aangepast. Incidenteel zijn hogere snelheden toegestaan.

Arcadis heeft aangegeven reeds voor het volledige gebouw een luchtsnelheidscheck uitgevoerd. Conclusies hieruit zullen herschreven worden in nieuwe uitgangspunten in de nota, aldus vervangend voor het bestek.

Luchtsnelheden zijn door Arcadis nagelopen in het gehele gebouw en verwerkt in alle kanalen zoals deze op tekeningen aangegeven.

De energiecentrale wordt aangepast (compressor ruimten, hydrofoor en aanvullende waterruimte technische hoofdcomponenten aldus reeds geconstateerd te verplaatsen naar de energiecentrale. De NSA wordt aangepast.’

2.20. In een brief van 29 mei 2013 heeft Engie aan de Universiteit onder meer het volgende tekstvoorstel voor het afronden van de contractdocumenten voor Fase A gedaan:

‘5. Toevoeging extra artikel 7 Ontwerp

(...)

Ongeacht de verrichte werkzaamheden van Opdrachtnemer in fase A en hetgeen is bepaald in de bijlagen van artikel 6 van deze Opdracht, komen Partijen overeen dat:

- A. de ontwerpaansprakelijkheid – zoals bedoeld van het ontwerp/resultaten uit fase A – bij Opdrachtgever ligt. Schade als gevolg van een gebrek in het ontwerp komt voor rekening en risico van Opdrachtgever, Opdrachtgever vrijwaart Opdrachtnemer voor dergelijke schade.
- B. opdrachtnemer in het kader van de uitwerking en detaillering van haar bestektekeningen in fase B, gedetailleerde werktekeningen tot stand zal brengen. Indien tijdens uitwerking/detaillering hiervan blijkt dat, – het bestek of bestektekeningen die conform het ontwerp zijn gemaakt-, fouten bevatten of anderszins aangepast dienen te worden teneinde de installaties bedrijfsvaardig op te kunnen leveren conform opdracht, (vb. verruiming maatvoeringen op aanpassing specificaties) de gevolgen (zoals kosten en termijnverlenging) voor rekening en risico van Opdrachtgever komen.
- C. in het kader van artikel 7A en 7 B geldt het volgende: voor veel onderdelen wordt, ook na aandringen, de (hoofd)berekeningen, met inbegrip van de daarin gestelde en gehanteerde randvoorwaarden, door adviseur niet verstrekt. Op basis van de (hoofd) berekeningen zijn de keuzes voor opdrachtgever/adviseur bepaald ten aanzien van diverse componenten en systemen. Cofely heeft deze niet kunnen controleren en kan hiervoor dan ook niet verantwoordelijk zijn; alsmede componentenselecties volgend uit de (hoofd) berekeningen en het ontwerp aldus reeds gedaan door adviseur op basis van deze (hoofd)berekeningen.

Gezien bovenstaande, is Opdrachtnemer niet verantwoordelijk voor de conclusies die uit nader te vervaar-

digen berekeningen zullen volgen en de mogelijk daarop noodzakelijk volgende wijzigingen die noodzakelijk zullen zijn om alle in het bestek bepaalde specificaties te behalen.

Adviseur heeft voor het oplossen van geconstateerde knelpunten oplossingsrichtingen gebruikt, zoals het toestaan van hoger dan in bestek gemaximaliseerde luchtsnelheden in de luchtkanalen, het accepteren dat over meerdere meters kabelgoten zeer lastig tot niet (makkelijk) bereikbaar zijn, toepassen van veel stijf- en vervalstukken, plaatselijk laten vervallen van isolerende maatregelen, ed. Wij gaan er ten behoeve van uitwerking in fase B vanuit dat wij deze oplossingsrichtingen, eventueel in combinatie met elkaar, kunnen toepassen bij het oplossen en uitwerken van knelpunten die in werktekeningenfase geconstateerd zullen gaan worden.

Mocht ondanks inspanningen van ons, om met behulp van de bovengenoemde oplossingsrichtingen, de (toekomstige) knelpunten op te lossen niet slagen, dan beschouwen wij de uiteindelijk gekozen en te maken oplossing van een dergelijk knelpunt als een programmatische wijziging.'

2.21. De Universiteit is niet met deze tekstvoorstellen akkoord gegaan.

2.22. De daarop volgende correspondentie tussen Engie en de Universiteit luidt, voor zover relevant (2.22.1 t/m 2.22.6):

2.22.1. Verslag van Engie van een bespreking op 17 juni 2013 tussen Heijmans, Engie en Universiteit:

'Cofely geeft vervolgens aan dat Cofely tijdig met fase A is aangevangen en conform de planning van de leidraad in januari al haar vragen en bemerkingen heeft aangedragen. Echter, in tegenstelling tot de leidraad heeft Arcadis acties niet opgepakt en wilde (openlijk) niet meewerken. Arcadis gaf aan geen opdracht te hebben voor fase A. Uiteindelijk is dit rechtgezet tussen UL en Arcadis en heeft Arcadis langzaam aan de acties opgepakt. Vervolgens wilde Arcadis geen hoofdberekeningen van Arcadis zelf afgeven, op basis waarvan het bestek gemaakt is. Tot op de dag van vandaag heeft Cofely deze berekeningen niet ontvangen, terwijl deze wel getoetst moesten worden. Om deze reden heeft Cofely zelf een aantal berekeningen moeten maken, temeer omdat Arcadis de bemerkingen van Cofely in 1e, 2de en 3de instantie eenvoudigweg van de hand wees. Pas na meerdere aansporingen door UL heeft Arcadis op constructieve wijze alle zaken in behandeling genomen. Uiteindelijk blijkt dat Cofely op nagenoeg alle punten gelijk heeft gekregen en zijn er bestekwijzigingen doorgevoerd. Rekening houdend met ruimtelijke beperkingen en extra hoge kosten zijn hierbij ook uitgangspunten/eisen in het bestek verruimd.

E.e.a. wordt nu door Arcadis vertaald naar de 4de nota. Bovenstaand proces heeft echter, buiten schuld van Cofely, geleid tot een langere doorlooptijd van fase A en extra kosten voor Cofely en andere partijen.'

2.22.2. E-mail van Engie aan de Universiteit van 20 juni 2013:

'In fase A hadden wij als een van de taken (nr. 12) het aanleveren van commentaar op bestek. We hebben dit de afgelopen maanden naar eer en beste geweten gedaan.

Om voor bepaalde onderdelen dit extra gedegen te doen hebben wij om basisberekeningen gevraagd bij de adviseur, om ook deze te kunnen controleren.

Zo hebben wij op 6 feb jl. opgevraagd: de lichtberekeningen, vermogensberekeningen, kabelberekeningen, capaciteitsberekeningen van de railkokers, selectiviteits – en kortsluitberekeningen, kabelgotenberekeningen, berekeningen van regelkast – en schakelkastvermogen, klepselecties, leidingnetberekeningen, warmteverliesberekeningen, koellast – t.o.b.-berekeningen, geluidsberekeningen, luchtkanaalberekeningen en energiebalansberekeningen. Op basis van deze berekeningen is door de adviseur het bestek met tekeningen opgesteld.

Mochten er dus nu om welke reden dan ook fouten zitten in de basisberekeningen dan blijven deze voor rekening en risico van Universiteit Leiden. Aan de ene kant omdat dit reeds bij de ontwerpverantwoording behoort en aan de andere kant omdat wij dit niet hebben kunnen controleren.'

2.22.3. E-mail van de Universiteit aan Engie van 25 juni 2013:

'1. Omdat er toch heel wat zaken te verbeteren vielen aan het installatietechnisch bestek betalen wij een van vergoeding van in totaal € 95.000 voor extra werkzaamheden in fase B (dat is dus € 60.000 meer dan de 35.000 die we afgelopen maandag al hadden afgesproken)

2. Wij nemen de verantwoordelijkheid voor aantoonbare fouten in de basisberekeningen die aantoonbaar tot ontwerpveranderingen leiden in fase B. Voor de rest blijft de gehele ontwerp van bij de aannemer zoals vastgelegd in alle overeenkomsten (de exacte juridische tekst hiervoor sturen we morgen).'

2.22.4. E-mail van Engie aan de Universiteit van 26 juni 2013:

'Als het gaat om de ontwerpverantwoordelijkheid blijven wij van mening dat we niet kunnen toetsen hetgeen we niet gekregen hebben, zijnde alle hoofdberekeningen van Arcadis. Het dmv de "verklaring geen meerwerk" verleggen van het mogelijke risico hiervoor naar Cofely vinden wij onredelijk en ongepast. Je hebt aangegeven een juridisch tekstvoorstel te sturen, maar houdt svp rekening met bovenstaande "verwachting" van onze zijde.'

2.22.5. E-mail van de Universiteit aan Engie van 26 juni 2013:

‘Voorstel voor de tekst op te nemen in nota van inlichtingen, deze wordt niet opgenomen in de acceptatie verklaring voor uitvoering:

Indien, uit de door Cofely West Nederland te maken (detail) berekeningen conform de besteksuitgangspunten, blijkt dat er aantoonbare onvolkomenheden zitten in de basisberekeningen die leiden tot ontwerpveranderingen in fase B, zulks door de directie vast te stellen. Blijft de Universiteit Leiden verantwoordelijk voor deze basisberekeningen, onderstaand de betreffende basisberekeningen (limitief):

- Basis lichtberekening(en);
- Basis geluidsberekening ten gevolge van luchtsnelheden in kanaal;
- Basis koellastberekening(en);
- Basis transmissieberekening(en);
- EPC berekening;
- Basis ventilatieberekening(en);

Voorts blijft de gehele ontwerpverantwoordelijk bij de aannemer zoals vastgelegd in alle overeenkomsten. De installatie technisch aannemer verplicht zich met bovenstaande tot het tijdig melden van deze onvolkomenheden, het tijdig melden bedraagt minimaal acht weken voor aanvang van de werkzaamheden.’

2.22.6. E-mail van Engie aan de Universiteit van 27 juni 2013:

‘Het tekstvoorstel van UL dd. 26-06-13 verruim[t] onze verantwoordelijkheid, terwijl we juist agv het niet kunnen toetsen van de basisberekeningen deze verantwoordelijkheid voor Cofely verderwillen beperken. Zie ook mijn e-mail van gisteren mbt feedback van onze hoofd-directie.

Voorstel voor de tekst op te nemen in de 4de nota van inlichtingen:

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

De installatietechnisch aannemer verplicht zich met bovenstaande tot het tijdig melden van deze onjuistheden, het tijdig melden bedraagt minimaal acht weken voor aanvang van de montagewerkzaamheden.

Bij vaststelling van veranderingen in het detailontwerp zal de verandering als programmatische wijziging worden doorgevoerd en worden vergoed aan de installatie-technisch aannemer.’

2.23. Engie en de Universiteit hebben vervolgens overeenstemming bereikt over de tekst zoals in de Verklaring Engie is opgenomen.

Opdracht Fase B

2.24. Op 8 juli 2013 is ook de Overeenkomst opdracht Fase B tussen Cofely en de Universiteit ondertekend, waarbij in artikel 1 de opdracht voor uitvoering Fase B aan Engie is opgedragen. Tevens is in artikel 1 bepaald dat de opdracht tussen de Universiteit en Engie voor Fase B met alle rechten en plichten wordt overgenomen door hoofdaannemer Heijmans, behoudens en uitsluitend de betaling aan Engie (hierna: de contractovername). Op verzoek van Engie is verder bepaald dat de Universiteit rechtstreeks aan Engie blijft betalen volgens een in artikel 5 van de overeenkomst opgenomen betalingswijze. De Verklaring Engie wordt in de overeenkomst opdracht Fase B genoemd en is aan die overeenkomst toegevoegd als bijlage.

Programmatische wijzigingen

2.25. In het Bestek algemene voorwaarden is (onder 01.02.36 en 01.02.34) bepaald dat de bevoegdheid tot het aanbrengen van bestekswijzigingen is voorbehouden aan de opdrachtgever en dat goedkeuringen van door de aannemer voor te stellen wijzigingen in de uitvoering in geen geval kunnen leiden tot het in rekening brengen van meerwerk.

2.26. In paragraaf 36 lid 4 van de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van Technische Installatiewerken 1992 (hierna: UAV (TI) 1992) is bepaald dat bestekswijzigingen worden verrekend tegen bedragen of prijzen die vóór de uitvoering van die wijziging of, indien hun aard dit belet, zo spoedig mogelijk tussen de opdrachtgever en de aannemer worden overeengekomen.

2.27. In 01.02.36 van het Bestek algemene voorwaarden is bepaald, in aanvulling op paragraaf 36, lid 4 UAV (TI) 1992, dat de aannemer binnen twee weken na bekendmaking van een wijziging door de opdrachtgever en/of directie een gedetailleerde prijsaanbieding aan de directie ter goedkeuring zal overhandigen inclusief consequenties voor het algemeen tijdschema.

2.28. In artikel 4 van de Overeenkomst opdracht Fase B is bepaald dat in paragraaf 36 UAV (TI) 1992 voor ‘bestekswijzigingen’ moet worden gelezen: programmawijziging van de “opdrachtgever”. Verder is in artikel 4 bepaald dat de verrekening van eventuele programmawijzigingen van de opdrachtgever zullen worden gebaseerd op de normen, eenheidsprijzen en opslagen conform rekenschema en de begroting van de opdrachtnemer en alleen zullen worden verrekend na schriftelijke goedkeuring vooraf door de bouwdirectie.

2.29. In de (hierna nader te bespreken) Fase B heeft de Universiteit enkele tientallen programmatische wijzigingen (hierna in enkelvoud: PW) doorgevoerd. Een deel daarvan was reeds opgenomen als bijlage bij de 4e nota van inlichtingen. In januari 2014 voerde de Universiteit de omvangrijke programmatische wijziging PW34 door.

Fase B

2.30.. Met de ondertekening van de opdrachten op 8 juli 2013 startte Fase B.

De eerste bouwvergadering vond plaats op 5 september 2013.

2.31. In de bouwverslagen van, onder andere, 13 oktober 2013, 23 januari 2014, 20 februari 2014 en 17 april 2014 is vermeld dat Engie een achterstand heeft met het verstrekken van werktekeningen.

2.32. In een memorandum aan de Universiteit en Heijmans van 22 oktober 2014 heeft Engie onder meer geschreven:

‘Na fase A is gestart met de detailengineering en bleek tot de zomervakantie van 2014 het werken met BIM en de uitwerking van de detailengineering, inclusief de bekende clashes, lastiger te zijn dan verwacht. Met de uitwerking van de recente verdiepingen/gebieden (na de zomervakantie 2014) is gebleken dat door de uitkomsten van detailberekeningen diameters wijzigen, installaties moeilijker zijn in te passen, componenten moeten worden toegevoegd waardoor van diverse ruimten de coördinatie opnieuw gestart moet worden. De installatie is daarmee op delen niet maakbaar volgens het bestek en er worden hiervoor andere oplossingen uitgedacht, welke zijn weergegeven op de (te maken) werktekeningen.

Conform onze overeenkomst komen dergelijke bestekwijzigingen en veranderingen in detailontwerpen voor verrekening in aanmerking. Deze redenen zijn mede de oorzaak van de vertraging van de uitloop (thans bekend een half jaar). Cofely heeft als taak de bestekstekeningen uit te werken tot werktekeningen, niet om basisengineering en coördinatie opnieuw te doen dan wel bestekstekeningen aan te passen. Omdat Cofely van een afgestemd ontwerp met alle disciplines uit mag gaan, zoals gesteld in nota van inlichtingen 1 hebben wij niet gerekend op het moeten aanpassen van de in het bestek geprojecteerde installaties.

Middels bijlagen, zoals toegevoegd bij MEMO, geven wij een niet limitatieve opsomming van deze veranderingen in detailontwerp en bestekwijzigingen. Het gehele project bevat vele wijzigingen die wij, indien u dat wenselijk acht, in kaart kunnen brengen.

Tot op heden zijn nagenoeg alle wijzigingen besproken en afgestemd geweest met Arcadis, als gedelegeerde vertegenwoordiging van UL, maar Cofely vindt hierbij geen gehoor voor het bespreekbaar maken van en verrekening van kosten.

De reeds gemaakte kosten alsmede de kosten voor het nog uitvoeren van de engineerswerkzaamheden (enkele voorbeelden weergegeven in bijlagen, andere voorbeelden volgen cq worden nu in BIM uitgewerkt) is de oorzaak van de uitloop van de engineers- planning en wordt thans geraamd op 200k-300k inclusief de door schatting van het resterende tekenwerk (betreft alleen kosten voor engineering, nog niet planningsconsequenties en de installatieve consequenties).

Omdat Cofely verplicht is dergelijke wijzigingen vroegtijdig te melden kunnen de kosten afwijken van het reeds begrootte bedrag.

Conform onze overeenkomst (‘verklaring acceptatie contractstukken’) dienen bestekwijzigingen en veranderingen in detailontwerpen, middels een programma-

tische wijziging in opdracht te worden gegeven. Omdat alle wijzigingen bij elkaar nogal omvangrijk zijn heeft het de voorkeur van Cofely om alle kleine wijzigingen zoals tussen partijen nu bekend middels 1 programmatische wijziging door te voeren’.

2.33. Op 19 november 2014 en 19 december 2014 vond overleg plaats tussen Engie, de Universiteit, Heijmans en Arcadis. Engie heeft van het overleg op 19 november 2014 een notitie gemaakt. Relevante passages uit deze notitie van 20 november 2014 zijn:

‘Zoals gesteld is na fase A gestart met de detailengineering en bleek tot de zomervakantie van 2014 het werken met BIM en de uitwerking van de detailengineering, inclusief de bekende clashes, lastiger te zijn dan verwacht. Ook speelde er in deze periode reeds enkele, vooral gevraagde, veranderingen, waaronder PW 34.

Met de uitwerking van de verdiepingen/gebieden, en vooral met het verwerken van PW 34, is gebleken dat installaties qua besteksontwerp aangepast moesten om de functioneel in het bestek beschreven component toe te kunnen voegen. Van vele ruimten moest de coördinatie opnieuw gestart moet worden. Er is daarmee sprake van herontwerp van het bestek, en dit gaat verder dan detailengineering.

Ook zijn door de uitkomsten van detailberekeningen diameters gewijzigd, met installatief herontwerp van bestek tot gevolg. Tot slot blijkt het besteksontwerp van Arcadis met betrekking tot PW34 op onderdelen niet maakbaar en dit heeft vele vervolgconsequenties voor andere installaties in het oorspronkelijke besteksontwerp, welke niet verwerkt waren in PW34. (...)

Opvolging n.a.v. het overleg d.d. 19-11-2014:

Als mogelijkheid om de directe kosten van alle veranderingen zo snel als mogelijk inzichtelijk te krijgen stelt Cofely het volgende proces voor (obv 80/20 pragmatische optie): (...)

2.34. Van het overleg op 19 december 2014 heeft Engie ook een verslag opgemaakt. Dit verslag van 22 december 2014 vermeldt dat Engie aanspraak maakt op vergoeding van extra kosten op grond van de Verklaring Engie. Het verslag luidt in dit verband verder:

‘Cofely heeft eerder, haar inziens tijdig genoeg, aangegeven dat zij op deze clausule aanspraak wenst te maken in het kader van:

- Detailberekeningen van Cofely tonen aan dat de basisberekeningen van Arcadis niet juist zijn met consequenties voor engineering (herontwerp) en uitvoering;
- Detailberekeningen van Cofely en het hiermee selecteren van componenten heeft aangetoond dat door Arcadis gereserveerde ruimtes om deze componenten in te passen niet afdoende zijn, met herontwerp en installatieve consequenties tot gevolg

- Door Arcadis aangedragen PW's blijken niet afdoende gecoördineerd te zijn met het bestek en andere installaties. Deze PW's zijn daarmee niet correct. Cofely geeft aan hiermee aangetoond te hebben dat het bestek niet uitvoering gereed is en aantoonbare fouten bevat.'

In een bijlage bij dit verslag begroot Engie haar extra kosten op € 1.550.000.

2.35. In een e-mail van 20 december 2014 heeft de Universiteit aan Engie geschreven:

'Vorige week hebben wij in een constructief directie overleg de spelregels voor een eventuele meerwerkclaim vastgelegd:

- Basis is de tekst uit de verklaring acceptatie contractstukken. Daar waren uit detailberekeningen van Cofely blijkt dat er onjuistheden zitten in onze berekeningen kan er sprake zijn van meerwerk, mits tijdig (on the spot) gemeld. Alle andere zaken zijn in fase a afgekaart en Cofely heeft in de verklaring acceptatie getekend voor akkoord daarvoor.
- Op basis van die detailberekeningen waaruit blijkt dat er fouten zijn gemaakt bekijkt Cofely wat dit voor het ontwerp betekent en probeert daarvan de schade (extra engineerskosten?) in kaart te brengen.
- Vervolgens bespreken wij eind januari in een uitgebreid directie-overleg de op deze wijze onderbouwde meerwerkclaim. (...)

2.36. Met een brief van 6 februari 2015 heeft de Universiteit aan Engie onder meer bericht:

'5. Uw meerwerkclaim van € 2,7 mln. is totaal niet onderbouwd op de wijze waarop we dit met elkaar hebben afgesproken en al meer dan een jaar ook zo doen: gedetailleerd, specifiek, verifieerbaar door de opdrachtgever.

6. Wij zijn, uiteraard, bereid tot een overleg over programmatische wijzigingen. Wij stellen alleen voor daar de normale procedures voor te gebruiken waarbij Heijmans de regie voert. Dat betekent dat een formeel overleg over programmatische wijzigingen alleen zin heeft met Heijmans erbij.

7. Zoals u weet heeft gisteren onder regie van Heijmans een zeer zorgvuldige en uitvoerige behandeling plaatsgevonden van tien door Cofely op 3 februari aangedragen vermeende wijzigingen van het bestek. Volgens mij blijkt hieruit de zeer constructieve houding van ons en van Heijmans in deze kwestie binnen 1,5 dag nadat Cofely tien concrete vermeende wijzigingen heeft aangedragen wordt er een hele dag onder regie van Heijmans met een groot deel van het team alle aandacht aan gegeven.

De oplossing in deze, m.i. onnodig verwarrende, discussie over meerwerk is volgens mij gewoon de procedure te volgen zoals die ook deze week weer zeer vruchtbaar is geweest. U meldt, meteen als u deze ontdekt,

bij Heijmans vermeende serieuze afwijkingen van het bestek en als Heijmans dit gerechtvaardigd vindt worden deze aangekaart bij de opdrachtgever. Vervolgens worden met een groep van deskundigen de noodzaak en kosten van een eventuele programmatische wijziging vastgesteld. De definitieve beslissing hierover wordt altijd door de bouwdirectie genomen. Het is de procedure zoals deze is vastgelegd en zoals wij deze al meer dan een jaar volgen en ik verzoek u dan ook deze procedure weer te volgen.'

2.37. In een brief van 18 februari 2015 heeft Heijmans aan Engie geschreven:

'...Heijmans is bereid aanspraken van Cofely op meerwerk dan wel bijbetaling in behandeling te nemen mits deze voldoen aan de contractuele kaders. Niet uitputtend schetsen wij deze:

- Uw aanspraak dient te vallen binnen de clausule die in de door Cofely ondertekende Verklaring Acceptatie Contract Uitvoering d.d. 8 juli 2013 is opgenomen ten aanzien van (detail-) berekeningen.
- U dient bij uw aanspraak aan te tonen dat u het onderhavige onderwerp, meestal een tegenstrijdigheid in meerdere ontwerppunten, niet had kunnen weten voorafgaand aan het tekenen van deze verklaring.
- U dient per onderdeel te [laten] zien dat dit door Cofely tijdig aan de Universiteit Leiden, inclusief haar adviseur Arcadis, als keuze is voorgelegd.
- Er dient een logische opbouw in uw aanspraak te zitten in tenminste de volgende stappen: referentie aan contract, ontwerppunt, detailberekeningen, optimale oplossing en een daaraan gelijkwaardige financiële onderbouwing. Indien een keuzemoment onvoldoende tijdig is geweest laat u dit terugkomen in het door u geclaimde geldbedrag.'

2.38. De eerste bouwfase is op 23 februari 2016 aan de Universiteit opgeleverd.

3 Het geschil

Het geschil in de hoofdzak

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

- (i) primair tot betaling van € 5.198.522, subsidiair tot betaling van een door de rechtbank te bepalen bedrag, meer subsidiair tot vergoeding van de door Engie geleden schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- ii) in de kosten van het geding, alsmede nakosten;
- iii) (i) en (ii) vermeerderd met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na de datum van de uitspraak.

3.2. Engie voert daartoe aan (kort en zakelijk weergegeven) dat het ontwerp van de Universiteit vele on-

juistheden bevatte en dat Engie daardoor meerkosten heeft moeten maken. Engie stelt dat de Universiteit en Heijmans deze meerkosten moeten vergoeden, op grond van de Verklaring Engie. Met deze verklaring hebben de Universiteit en Heijmans de mogelijkheid voor vergoeding van door Engie gemaakte meerkosten bevestigd, voortvloeiend uit aanpassingen in het detailontwerp die werden veroorzaakt door aantoonbare onjuistheden in het ontwerp.

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

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

De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid perkt bovendien de gronden in om Engie een vergoeding te onthouden. De meldingsplicht van fouten in het ontwerp mag niet onredelijk formalistisch worden uitgelegd. De aard van de onjuistheden en het meerwerk leidden er immers toe dat de volle omvang van het meerwerk pas aan het einde van het traject zichtbaar werd.

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

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

- extra kosten voor her ontwerp werkzaamheden en meer en duurder materiaal
- meerkosten als gevolg van de grotere complexiteit;
- meerkosten als gevolg van het niet kunnen toepassen van de LEAN bouwmethode.

De vordering van Engie is als volgt opgebouwd:

1. herontwerp bestek als gevolg van onjuistheden € 955.067
 2. uitvoering van de aanpassingen in het bestek € 409.564
 3. onmogelijkheid LEAN-bouwmethode € 1.346.173
 4. verhoogde complexiteit van het gehele project € 955.438
 5. versnelling van Engie's werkzaamheden € 861.280
 6. rework € 200.000
 7. vaststelling van schade en aansprakelijkheid € 390.000
- Totaal € 5.198.522

3.3. De Universiteit en Heijmans voeren verweer.

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

Het geschil in vrijwaringzaak I

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

3.6. De Universiteit voert verweer.

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

Het geschil in vrijwaringszaak II

in conventie

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

3.9. Heijmans voert verweer.

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

in voorwaardelijke reconventie

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

3.12. De Universiteit voert verweer.

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

Het geschil in vrijwaringszaak III

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

3.15. Arcadis voert verweer.

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

4 De beoordeling

in de hoofdzaak

Ontwerpverantwoordelijkheid

4.1. Engie stelt dat de Universiteit (en daarmee Heijmans, gelet op de contractovername) eindverantwoordelijkheid draagt voor het ontwerp en daarom gehouden is het meerwerk van Engie te vergoeden. Engie verwijst in de dagvaarding (paragrafen 2.3 en 177) in dat verband naar

diverse bepalingen in het aanbestedingsdocument en in overige contractstukken, zoals het Beheersplan, het Bestek algemene voorwaarden, de DNR 2005, de UAV (TI) 1992 en UAV 1989. Uit al die bepalingen volgt volgens Engie de (eind) ontwerp verantwoordelijkheid van de opdrachtgever.

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

4.3. Uit de contractstukken, in samenhang bezien, volgt dat bij de opdracht voor dit werk uitdrukkelijk afstand is genomen van een traditionele contractvorm die een strikte scheiding kent tussen enerzijds het ontwerp (een bestek afkomstig van de opdrachtgever en opgesteld door ontwerpende partijen) en anderzijds de uitvoering (door uitvoerende partijen, aannemers) in welke traditionele contractvorm de uitvoerende partijen niet aansprakelijk zijn voor fouten in het ontwerp. De Universiteit heeft er voor gekozen om de uitvoerende partijen al bij de voorbereidings- en ontwerpfase, Fase A, te betrekken om hen de functionele bestekken waarop was aanbesteed te laten controleren en te optimaliseren. Inschrijvers zijn er expliciet op gewezen dat zij moesten bijdragen aan een uitvoeringsgereed bestek en in zoverre ontwerpverantwoordelijkheid droegen voor hun inbreng. In het aanbestedingsdocument (zie ook hiervoor onder 2.4.) zijn de doelstellingen en de contractvorm en faserings uitbreid omschreven:

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

4.4. De Universiteit en Heijmans hebben er terecht op gewezen dat uit de contractstukken volgt dat de verplichtingen die Engie op zich nam in Fase A veel verder strekten dan die van een aannemer in een regulier bouwteamverband, die meedenkt over optimalisatie van een ontwerp, zonder enige ontwerpverantwoordelijkheid op zich te nemen. In het Beheersplan (zie hiervoor onder 2.5.) en bijlage 1 ‘Taakbeschrijving Installateur’ (zie hiervoor onder 2.6.) zijn de verantwoordelijkheden van de installateur uitvoerig omschreven. Vastgelegd is dat de installateur binnen het ontwerpteam zou participeren als adviseur conform de DNR 2005 in het ‘uitvoeringsgereed maken’ van het bestek tijdens de voorbereidingsfase. Dit hield in dat de installateur de taak had om in Fase A alle bestekken en bijlagen te beoordelen op uniformiteit, eenduidigheid, compleetheid, uitvoerbaarheid en eventuele discrepanties en waar nodig

gedetailleerde opmerkingen aan te dragen. Dit is geformuleerd als een resultaatsverplichting voor de installateur (de resultaatsverplichting) en het belang daarvan is in de contractstukken bij herhaling benadrukt. De resultaatsverplichting is ook opgenomen in de Verklaring Engie, die Engie bij afsluiting van Fase A heeft getekend (n.b. op de reikwijdte van de in de Verklaring Engie gemaakte uitzondering wordt hierna afzonderlijk ingegaan). Het doel was om aan het eind van Fase A te komen tot een uitvoerbaar c.q. maakbaar ontwerp, om eventuele klachten daarover van aannemers in Fase B en meerwerkclaims te voorkomen. De Universiteit en Heijmans hebben er in dit verband terecht op gewezen dat dit doel ook correspondeerde met de ontwerpverantwoordelijkheid van de installateur voor het detailontwerp in Fase A en B, zoals opgenomen in het Bestek algemene voorwaarden (zie hiervoor onder 2.7.) en voor de verschillende technische installaties in het Deelbestek technische installaties (zie hiervoor onder 2.8.).

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

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

Uitleg Verklaring Engie

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

‘Hierbij verklaart Cofely West Nederland B.V. dat hij heeft geparticipeerd in fase A van de Nieuwbouw Bètacampus fase I Universiteit Leiden en dat hij gedurende fase A voldoende in de gelegenheid is gesteld en alles in het werk heeft gesteld om volledige afstemming en coördinatie te bewerkstelligen tussen de contractstukken.

Hierbij verklaart Cofely West Nederland B.V. dat alle contractstukken (...) uniform, eenduidig, compleet en uitvoerbaar zijn, geen onderling tegenstrijdigheden, onduidelijkheden of omissies bevatten, volledig en naadloos op elkaar aansluiten, en derhalve binnen de overeengekomen aanneemsom en planning alsmede conform de kwaliteitseisen van de opdrachtgever kunnen worden uitgevoerd.

(...)

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

Cofely West Nederland B.V. verplicht zich met bovenstaande tot het tijdig melden van deze onjuistheden. De

melding is tijdig in het geval gedaan gelijk na ontdekking en/of moment waarop dit redelijkerwijs had kunnen en/of moeten worden gezien en tevens minimaal 8 weken voor aanvang van de montagewerkzaamheden.

Bij vaststelling van veranderingen in het detailontwerp zal de verandering als programmatische wijziging worden doorgevoerd en worden vergoed aan Cofely West Nederland B.V., mits tijdig gemeld door Cofely West Nederland B.V.

(...)

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

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

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

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

4.11. De rechtbank is van oordeel dat de Verklaring Engie beperkt moet worden uitgelegd, in die zin dat meer-

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

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

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

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

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

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

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

van 27 juni 2013 waarin Engie het tekstvoorstel deed dat uiteindelijk zou worden opgenomen in de Verklaring Engie, consequent onder woorden gebracht dat zij, waar het ontwerpverantwoordelijkheid betreft, geen verantwoordelijkheid wenste te aanvaarden voor het ontwerp, waarvan zij de juistheid niet heeft kunnen controleren omdat zij geen (basis)berekeningen heeft ontvangen. Engie heeft dus, bij het bepleiten van een wijziging of aanvulling op de contractstukken, zelf steeds een verband gelegd met het niet kunnen beschikken over (basis)berekeningen van Arcadis.

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

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

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

Overige voorwaarden die volgen uit de Verklaring Engie

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

4.21. Naar het oordeel van de rechtbank brengt een redelijke uitleg van de Verklaring Engie mee dat Engie een meldingsplicht had op grond waarvan zij tijdig, dat wil zeggen bij ontdekking en/of ruim voor montage, melding had

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

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

4.23. Dat partijen, in weerwil van de contractuele en wettelijke meldingsplicht, overeengekomen zouden zijn om aan de hand van een door Engie genoemde 'pragmatische methode' tot afrekening van haar meerkosten zouden overgaan, is niet komen vast te staan.

Engie heeft rond het overleg van 19 november 2014 een 'pragmatische optie' voorgesteld, maar de Universiteit en Heijmans hebben daar niet mee ingestemd. De Universiteit heeft in een e-mail van 20 december 2014 nog gewezen op de voorwaarden uit de Verklaring Engie. Ook is in een brief van 6 februari 2015 gewezen op de noodzaak voor Engie om haar meerwerkclaim gedetailleerd, specifiek, en verifieerbaar te onderbouwen voor de opdrachtgever en daarvoor de normale procedure voor programmatische wijzigingen te volgen. Ook Heijmans heeft Engie, onder meer in een brief van 18 februari 2015, erop gewezen dat haar meerwerkclaims dienden 'te voldoen aan de contractuele kaders' (zie ook hiervoor onder 2.25 e.v.).

De cases voldoen niet aan de voorwaarden

4.24. Naar het oordeel van de rechtbank heeft Engie in geen van de (in de dagvaarding besproken) cases 1 t/m 5 en 7 en (in de pleitnota besproken) case 16 gesteld, laat staan onderbouwd, dat zij bij het uitwerken van haar detailontwerp aan de hand van detailberekeningen stuitte op onjuistheden

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

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

Aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid

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

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

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

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

4.30. Bij het oordeel dat een beroep op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid niet kan slagen

neemt de rechtbank verder in aanmerking dat de Universiteit en Heijmans een ruim scala aan valide argumenten hebben aangevoerd tegen de door Engie overgelegde cases, zoals hierna zal worden besproken.

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

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

4.32. De Universiteit en Heijmans hebben betoogd dat dit een onjuiste vergelijking is. Het BIM model uit 2010 is contractueel niet bindend en is tijdens de aanbesteding enkel ter informatie aan Engie is verstrekt. In 2010 is gecontracteerd op basis van 2D documentatie omdat toen nog niet alle componenten in het BIM model met de juiste afmetingen konden worden geselecteerd. In 2010 werd in het BIM model bijvoorbeeld nog een "algemeen rooster" geselecteerd om schematisch aan te geven dat een rooster aangebracht moest worden, maar voor de daadwerkelijke afmetingen van dat rooster moest Engie in de materiaalspecificaties behorende bij het bestek kijken. Soms stond in de materiaalspecificaties helemaal geen exacte maatvoering aangegeven, maar een maatvoering binnen bepaalde bandbreedtes; er stond bijvoorbeeld aangegeven dat een kanaal een afmeting mocht hebben tussen de 600 en 1000 mm. Engie diende tijdens haar detailontwerp zelf de juiste componenten met de juiste afmetingen te selecteren vallend binnen de door Arcadis aangegeven bandbreedtes zoals genoemd in de materiaalspecificatie (nadere detaillering). In het BIM model uit 2010 konden geen componenten worden geselecteerd met afmetingen binnen bepaalde bandbreedtes (men moest een vaste afmeting selecteren). Om die reden is er voor gekozen om het BIM model contractueel niet bindend te maken. De Universiteit en Heijmans betogen voorts dat Engie in geen enkele Case heeft aangetoond dat de componenten die in de materiaalspecificaties zijn genoemd, niet hadden gepast. Bovendien betrof de taak om de juiste componenten te selecteren met de juiste afmetingen, binnen de door Arcadis gegeven bandbreedtes, nadere detaillering, een taak die op grond van de contractstukken aan Engie was opgedragen en waarvoor Engie geen aanspraak kon maken op een additionele vergoeding.

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

4.34. Naar het oordeel van de rechtbank heeft Engie, gelet op het gemotiveerde verweer van de Universiteit en Heijmans, niet met voldoende concrete feiten onderbouwd

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

Programmatische Wijzigingen

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

4.36. Engie heeft dit verweer onvoldoende weersproken. Zij stelt dat Arcadis bij PW34 heeft nagelaten de consequenties van de wijzigingen tot op detailniveau uit te werken. De Universiteit en Heijmans hebben er echter terecht op gewezen dat de procedure voor Programmatische Wijzigingen voorschreven dat Engie zelf in een offerte nader moest uitwerken welke engineering- en uitvoeringswerkzaamheden en welke materialen en componenten nog nodig waren (zie hiervoor onder 2.27). Nadat definitief op deze offertes voor de PW was beslist, kon Engie daar achteraf niet op terugkomen met aanvullende kosten.

Leanmethode

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

Conclusie in de hoofdzaak

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

4.39. De overige weren van de Universiteit en Heijmans hoeven daarom geen verdere bespreking.

4.40. Engie zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld.

in het incident

4.41. De kosten in het incident aan de zijde van de Universiteit en Heijmans afzonderlijk worden begroot op € 3.211 (1 punt × tarief € 3.211) aan salaris advocaat.

in de hoofdzaak

4.42. De kosten in de hoofdzaak aan de zijde van de Universiteit en Heijmans afzonderlijk worden begroot op:

- griffierecht € 3.903
- salaris advocaat € 6.422 (2 punten × tarief € 3.211)

Totaal € 10.325

4.43. Voor de veroordeling van Engie in de nakosten, zoals door de Universiteit gevorderd, bestaat geen grond nu de kosten veroordeling ook voor deze nakosten een executoriale titel oplevert (vgl. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011/237).

4.44. De proceskostenveroordeling verschuldigd aan de Universiteit zal, zoals gevorderd, uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

Conclusie in de vrijwaringszaken

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

4.46. In vrijwaringszaak I zal Heijmans veroordeeld worden in de kosten van de Universiteit. Deze kosten worden begroot op € 6.422 (2 punten × tarief € 3.211) aan salaris advocaat.

4.47. De proceskostenveroordeling verschuldigd aan de Universiteit zal, zoals gevorderd, uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

4.48. In vrijwaringszaak II zal de Universiteit veroordeeld worden in de kosten van Heijmans. Deze kosten worden begroot op € 6.422 (2 punten × tarief € 3.211) aan salaris advocaat.

4.49. De proceskostenveroordeling verschuldigd aan Heijmans zal worden toegewezen zoals gevorderd: vermeerderd met de wettelijke rente te rekenen vanaf veertien dagen na dagtekening van dit vonnis en uitvoerbaar bij voorraad.

4.50. In vrijwaringszaak III zal de Universiteit veroordeeld worden in de kosten van Arcadis. Deze kosten worden begroot op

- griffierecht € 3.903
- salaris advocaat € 6.422 (2 punten × tarief € 3.211)

Totaal € 10.325

4.51. Voor de veroordeling van de Universiteit in de nakosten, zoals door Arcadis gevorderd, bestaat geen grond nu de kosten veroordeling ook voor deze nakosten een executoriale titel oplevert (vgl. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011/237).

4.52. De proceskostenveroordeling verschuldigd aan Arcadis wordt voor het overige toegewezen zoals gevorderd: vermeerderd met de wettelijke rente te rekenen vanaf veertien dagen na dagtekening van dit vonnis en uitvoerbaar bij voorraad.

5 De beslissing

De rechtbank

in de hoofdzaak

- 5.1. wijst de vorderingen van Engie af;
- 5.2. veroordeelt Engie in de proceskosten aan de zijde van de Universiteit, tot op heden begroot op € 3.211 in het incident en op € 10.325 in de hoofdzaak;

- 5.3. veroordeelt Engie in de proceskosten, aan de zijde van Heijmans tot op heden begroot op € 3.211 in het incident en op € 10.325 in de hoofdzak,
- 5.4. verklaart dit vonnis voor wat betreft de veroordeling onder 5.2. uitvoerbaar bij voorraad;
- 5.5. wijst het meer of anders gevorderde af,

in de vrijwaringszaak I

- 5.6. wijst de vordering van Heijmans af;
- 5.7. veroordeelt Heijmans in de proceskosten van de Universiteit, tot op heden begroot op € 6.422;
- 5.8. verklaart dit vonnis voor wat betreft de veroordeling onder 5.7. uitvoerbaar bij voorraad;

in de vrijwaringszaak II

- 5.9. wijst de vordering van de Universiteit af;
- 5.10. veroordeelt de Universiteit in de proceskosten van Heijmans, tot op heden begroot op € 6.422, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 14 dagen na dagtekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;
- 5.11. verklaart dit vonnis voor wat betreft de veroordeling onder 5.10. uitvoerbaar bij voorraad;

in de vrijwaringszaak III

- 5.12. wijst de vordering van de Universiteit af;
- 5.13. veroordeelt de Universiteit in de proceskosten van Arcadis, tot op heden begroot op € 10.325, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 14 dagen na dagtekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;
- 5.14. verklaart dit vonnis voor wat betreft de veroordeling onder 5.13. uitvoerbaar bij voorraad;
- 5.15. wijst het meer of anders gevorderde af.

Noot

1. In de Cobouw van 28 november 2017 stond aangegeven dat het bouwteam als contractvorm aan een revival bezig is. Vanuit mijn praktijk kan ik dat beamen. Het in een vroeg stadium van een project partijen in contact met elkaar laten komen en laten samenwerken om tot een ontwerp te komen lijkt goed te werken. Het biedt duidelijke voordelen.
2. Het bouwteam is een samenwerkingsverband, waarin de opdrachtgever, diens adviseur(s) en de aannemer samenwerken aan de voorbereiding (en het ontwerp) van het project. De deelnemers aan het bouwteam behouden ieder hun eigen zelfstandigheid en verantwoordelijkheid en zijn gehouden zo goed mogelijk gebruik te maken van de eigen specifieke ervaring en deskundigheid.
3. Ook in onderhavige uitspraak is sprake van een soortgelijke samenwerking, zij het dat met name ten aanzien van de ontwerpverantwoordelijkheid afwijkende afspraken zijn gemaakt. In de kern draait deze uitspraak om de precieze inhoud van de door opdrachtgever en installateur overeengekomen ontwerpverantwoordelijkheid. Hoewel in de aanbestedingsdocumenten veel aandacht is besteed aan de uiteenzetting van de rechten en plichten van opdrachtgever en aannemer (in casu een installateur)

ten aanzien van het ontwerp, hebben omstandigheden toch geleid tot een uitvoerige discussie hierover tussen partijen.

4. De zaak in het kort. De Universiteit Leiden is in 2012 – toen de bouw in een diepe malaise verkeerde – de aanbesteding van de nieuwbouw van de Bèta Campus Universiteit Leiden gestart. Onderdeel van de nieuwbouw betrof perceel 2, welke zag op de installatietechnische werkzaamheden. De universiteit heeft een installatietechnisch adviseur ingeschakeld om functionele bestekken op te stellen, welke zijn gebruikt voor de contractstukken voor de aanbestedingsprocedure. Engie is na de aanbestedingsprocedure door de universiteit als installateur gecontracteerd voor perceel 2.

5. De universiteit heeft ervoor gekozen om de uitvoerende partijen al bij de voorbereidingsfase c.q. de ontwerpfase (fase A) te betrekken. De uitvoeringsfase (fase B) zou vervolgens pas een aanvang kunnen nemen, nadat aan het einde van fase A een verklaring door de installateur zou worden afgegeven. De installateur moest als resultaat van fase A de uiteindelijke contractdocumenten (o.a. bestekken met bijlagen, de nota, en de bouwvoorbereidings- c.q. bestektekeningen) beoordelen en schriftelijk verklaren (conform bijlage 3) dat deze uniform, eenduidig, compleet, uitvoerbaar, etc. zijn. Zonder het ondertekenen van deze verklaring zou er geen opdracht verstrekt worden voor fase B.

6. Omdat Engie alle bestekken en bijlagen diende te beoordelen op uniformiteit, eenduidigheid, compleetheid, uitvoerbaarheid en eventuele discrepanties en waar nodig gedetailleerde opmerkingen diende aan te dragen, heeft Engie ook verzocht om de basisberekeningen (welke ten grondslag lagen aan het ontwerp) van de installatietechnisch adviseur van de universiteit. Deze zijn niet (allemaal) aan de installateur overhandigd. Dit vormde reden om af te wijken van de reeds opgestelde verklaring als opgenomen in bijlage 3.

7. Engie heeft tijdens de uitvoering aangegeven dat zij meerdere onjuistheden in het oorspronkelijke ontwerp had gesignaleerd. Op grond hiervan meende Engie dat zij, in combinatie met de door haar afgegeven verklaring, recht had op betaling van het daaruit voortvloeiende meerwerk. Omdat de Universiteit en de hoofdaannemer daar anders over dachten is de installateur een procedure opgestart.

8. Zoals door de universiteit in de aanbestedingsdocumenten is verwoord, heeft de opzet van de overeenkomst tussen opdrachtgever en installateur enige verwantschap met het Bouwteam-model (Ik ga ervan uit dat de VGBouw Model Bouwteam-overeenkomst 1992 wordt bedoeld). De reden van het kiezen voor deze overeenkomst is dat de adviseur van de Universiteit van mening is dat deze contractvorm in de praktijk zeer goede resultaten laat zien:

“Met name bij grote en technisch complexe projecten is de meerwaarde van de uitvoerende partijen in het eindtraject van de ontwerpfase groot.”

Ofschoon er gelijkenissen zijn met het Bouwteam-model, zijn er echter ook een paar cruciale verschillen.

9. Ten eerste is er het feit dat in deze zaak over de uitvoeringskosten bindende afspraken werden gemaakt voorafgaand aan de voorbereidingsfase c.q. de ontwerpfase (fase A). Kortom, uit de aanbesteding volgde reeds de aanneemsom (behoudens enige aanpassingen – PW's: programmatische wijzigingen – als gevolg van het doorlopen van fase A). In het Bouwteam-model is de aannemer op grond van artikel 15 "gerechtigd om als eerste en enige een prijsaanbieding te doen voor het op te dragen werk, zoals omschreven in het door de opdrachtgever goedgekeurde bestek en de bijbehorende tekeningen". Blijkens de opzet van het Bouwteam-model is er anders dan in onderhavige zaak dus geen sprake van een discussie omtrent meerwerk ten aanzien van een eerder overeengekomen aanneemsom. Aan het einde van de bouwteam fase is er immers nog geen sprake van een overeengekomen aanneemsom. Aan de ene kant heeft de aannemer in het Bouwteam-model na de bouwteamfase nog geen zekerheid omtrent het kunnen uitvoeren van het project, maar aan de andere kant is de aannemer na de bouwteamfase dus ook niet gebonden aan een eerder overeengekomen – misschien wel te lage – aanneemsom.

10. Ten tweede is de installateur in deze zaak verplicht om het uitvoeringsgereed bestek (het eindproduct van fase A) volledig te omarmen en draagt hij hiervoor de volledige ontwerpverantwoordelijkheid. Dit wordt vastgelegd in een model verklaring, welke onderdeel uitmaakte van de aanbestedingsdocumenten (bijlage 3), en betreft een strikte voorwaarde om met de uitvoering (fase B) te kunnen starten.

11. In artikel 12 van het Bouwteam-model staat iets anders aangegeven:

"De verantwoordelijkheid voor adviezen en ontwerpen ligt bij degene op wiens specifieke terrein in het bouwteam die adviezen en ontwerpen betrekking hebben, mits degene die adviezen en ontwerpen heeft aanvaard en tot de zijne heeft gemaakt."

Dit betekent dat de aannemer dus alleen verantwoordelijkheid draagt voor adviezen en ontwerpen, welke op zijn terrein liggen. In dat kader heeft de aannemer ook een keuze ten aanzien van de inbreng van andere deelnemers uit het bouwteam, welk op zijn terrein ligt. In onderhavige zaak is hiervan geen sprake. Zowel de oorspronkelijke functionele bestekken, als de inbreng van de installatietechnische adviseurs tijdens de voorbereidingsfase c.q. de ontwerpfase, dient de installateur goed op juistheid te controleren wil hij niet in de problemen geraken tijdens de uitvoeringsfase. Er bestond zodoende een resultaatsverplichting voor Engie "om tijdens fase A te coördineren zodat de bestekken inclusief nota en bijbehorende tekeningen uniform, eenduidig, compleet en uitvoerbaar zijn, geen onderlinge tegenstrijdigheden of omissies bevatten, volledig en naadloos op elkaar aansluiten en derhalve binnen de overeengekomen aanneemsom en planning alsmede conform de kwaliteitseisen van de opdrachtgever kunnen worden uitgevoerd." (zie r.o. 2.5).

12. Problemen ontstonden in deze zaak helaas wel. Want, hoewel op initiatief van Engie de verklaring uit bijlage 3 enigszins was aangepast vanwege het niet kunnen controleren van de basisberekeningen van de adviseur van de universiteit, toch bleken er meerdere ontwerpfouten te zitten in het uitvoeringsgereed bestek. Deze ontwerpfouten kon de installateur niet direct koppelen aan de onmogelijkheid om de basisberekeningen van de adviseur te controleren, zodat de installateur bleef zitten met de herstelkosten van de fouten. Met een toch al lage inschrijving (zie r.o. 2.12) betekende dit een (extra) verlies van ruim € 5 miljoen.

13. Ten slotte merk ik nog het volgende op. Zoals ik hierboven reeds heb aangehaald, maakt het aanbestedingsdocument (zie r.o. 2.4) melding van het feit dat de gekozen wijze van contracteren in de praktijk zeer goede resultaten laat zien en met name bij grote en technisch complexe projecten. Daar zou de meerwaarde van de uitvoerende partijen in het eindtraject van de ontwerpfase groot zijn. Ik wens deze stelling niet te betwisten. De meerwaarde zal volgens mij met name ingegeven zijn door het feit dat de uitvoerende partij na afronding van de voorbereidings- en ontwerpfase niet meer kan aankloppen bij de opdrachtgever in geval van een ontwerpfout en dus extra veel moeite zal doen om alle fouten tijdig op te sporen. Of deze wijze van contracteren voor grote technisch complexe projecten een voor de uitvoerende partij redelijke oplossing is, betwijfel ik. Ook hier lijkt enigszins sprake te zijn van het 'over de schutting gooien' van risico's. Daarnaast, is deze wijze van contracteren niet ook een manier voor een opdrachtgever om, in plaats van tegen een eventuele lastige discussie met de adviseur over de beperking van aansprakelijkheid in de adviseurovereenkomst onder de DNR 2011 te lopen, de aansprakelijkheid voor ontwerpfouten maar in z'n geheel bij de aannemer of installateur te leggen?

M.R. Lim

Overeenkomstenrecht

BR 2018/7

Hoge Raad (Civiele kamer) 13 oktober 2017, nr. 16/04026 (Mrs. C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. de Groot, M.V. Polak en M.J. Kroeze)
m.nt. E.W.J. de Groot & K. Meijering¹

(Art. 6:258 BW)

O&A 2017/101
RVR 2017/118
NJB 2017/2039
RN 2017/104
RvdW 2017/1099
ECLI:NL:HR:2017:2615

¹ E.W.J. de Groot en K. Meijering zijn beiden advocaat bij AKD.