

Overeenkomstenrecht

BR 2022/58

Hof Den Haag 12 april 2022, nr. 200.270.108/01
(Mrs. M.P.J. Ruijpers, J.J. van der Helm en B.R. ter Haar))
m.nt. M.R. Lim¹

(Art. 7:754, 7:760 BW; par. 5, 6, 12 UAV 1989)

ECLI:NL:GHDHA:2022:616

Uitvoeringsfout of ontwerpfout?

Daarbij komt dat volgens het TNO-rapport (juist) de aanwezigheid van de installatieruimte met een warme en droge omgeving heeft geresulteerd in grotere vervormingsverschillen tussen het beton en de tegels dan in een omgeving waarin het beton minder kan uitzetten. Dit is dus de belangrijkste oorzaak van het inkrimpen en uitzetten van de ondergrond. Zoals hiervoor reeds overwogen, valt het Bouwcombinatie niet aan te rekenen dat zij hiermee geen rekening heeft gehouden. Er kan dus niet worden vastgesteld dat Bouwcombinatie een uitvoeringsfout heeft gemaakt.

Gemeente Dordrecht,
zetelend in Dordrecht,
appellante,
hierna te noemen: de Gemeente,
tegen

1. Bouwcombinatie [A] / [B] V.O.F.,
gevestigd in Tilburg,
2. [A] Bouw B.V.,
gevestigd in Tilburg,
3. Bouwbedrijf [B] B.V.,
gevestigd in Tilburg,
geïntimeerden,
hierna gezamenlijk te noemen: Bouwcombinatie,
(...)

3. Feiten

3.1 Voor zover thans van belang staat tussen partijen, samengevat, onder meer het volgende vast.

3.2 [A] Bouw B.V. en Bouwbedrijf [B] B.V. zijn vennoten van

Bouwcombinatie [A] / [B] V.O.F.

3.3 De Gemeente en Bouwcombinatie hebben op 3 april 2008 een overeenkomst (hierna: de overeenkomst) gesloten met het oog op de realisatie van een gebouw met sporthal, turnzaal, ijsshal, zwembad, centrale hal, verenigings- en vergaderruimten en een parkeervoorziening, tezamen aan te duiden als "Sportboulevard Dordrecht".

3.4 In artikel 2.4 van de overeenkomst staat onder meer:

"Opdrachtnemer garandeert dat:

- het werk wordt gerealiseerd in overeenstemming met het bestek, de bouwvergunning en andere verkregen vergunningen;(…)
- het werk goed en deugdelijk wordt gerealiseerd;
- het werk (of onderdelen daarvan) uiterlijk op de uiterste datum zoals genoemd in deze aannemingsovereenkomst gebruiksklaar wordt opgeleverd, conform het bestek inclusief alle bijbehorende bijlagen en nota's van inlichtingen."

3.5 Op deze overeenkomst zijn de UAV 1989 van toepassing. Daarin is onder meer opgenomen:

"§ 6. Verplichtingen van de aannemer (...) lid 14. Indien de constructies, werkwijzen, orders en aanwijzingen, bedoeld in § 5, tweede lid, dan wel de bouwstoffen of hulpmiddelen, bedoeld in § 5, derde lid, klaarblijkelijk zodanige fouten bevatten of gebreken vertonen, dat de aannemer in strijd met de goede trouw zou handelen door zonder de directie daarop te wijzen tot uitvoering van het desbetreffende onderdeel van het werk over te gaan, is hij voor de schadelijke gevolgen van zijn verzuim aansprakelijk. (...)(...)"

§ 12. Aansprakelijkheid van de aannemer na de oplevering

1. Na de dag, waarop het werk overeenkomstig het bepaalde in §10, eerste of tweede lid, als opgeleverd wordt beschouwd, is de aannemer niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan het werk.
2. Het in het eerste lid bepaalde lijdt uitzondering: (...)
 - a. indien het werk of enig onderdeel daarvan door schuld van de aannemer, zijn leverancier, zijn onderaannemer of zijn personeel een verborgen gebrek bevat en de aannemer van zodanig verborgen gebrek binnen een redelijke termijn na de ontdekking mededeling is gedaan."

3.6 In paragraaf 01.02.22 Algemeen Bestek is

a. a) een algemene garantie gegeven:

"Alle gebreken die zich binnen een periode van 5 jaar na opleverdatum van het werk aan het bouwobject mochten voordoen en die het gevolg zijn van ondeugdelijke materialen of fouten in de door, of in opdracht van de aannemer ontworpen en toegepaste constructies, installaties en werkwijzen, zullen door de aannemer voor eigen rekening worden hersteld. Voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van ontwerpfouten als hiervoor bedoeld, zal bepalend zijn de stand der wetenschap en techniek op het moment dat het ontwerp werd vervaardigd."

¹ Mark Lim is advocaat Legaltree.

- b) een garantie voor de tegels:
 “Voor een periode van 6 jaar:
 (...) tegels: gegarandeerd tegen scheuren of barsten en het afschilferen van de toplaag, waterdichtheid, inclusief voegwerk en geen vochtdoorslag vertonen”
- c) een garantie voor de hechting aan de ondergrond:
 “Voor een periode van 5 jaar:
 (...) dat tegels, stukadoorswerken, spuitpleisters en dekvloeren volledig aan de ondergrond hechten (...)”

Op 26 maart 2010 is door Bouwcombinatie een garantieverklaring ondertekend met gelijklopende bepalingen.

3.7 Een gedeelte van de werkzaamheden aan de zwembaden heeft Bouwcombinatie in onderaanneming laten uitvoeren door Tegelzetterbedrijf J.H.J. Zeebregts B.V., met wie Bouwcombinatie op 8 juni 2009 een overeenkomst van onderaanneming heeft gesloten.

3.8 Op 27 april 2010 hebben partijen een “Staat van bemerkingsen” en een “Procesverbaal van oplevering” ten aanzien van Sportboulevard Dordrecht ondertekend.

3.9 In maart 2015 heeft de exploitant van het tot de Sportboulevard Dordrecht behorende wedstrijdbad bij de Gemeente gemeld dat bepaalde tegels van het wedstrijdbad loslaten.

3.10 Op 16 maart 2015 is het onder 3.9 genoemde gebrek onderzocht door bureau “Zwembadpro”. Het rapport van Zwembadpro luidt, voor zover relevant, als volgt:

“Onderwater inspectie - Sportboulevard Dordrecht

1. Tijdens de inspectie is gebleken dat 3,1 m2 tegels los zit. (...)
2. Tijdens de inspectie hebben wij geen dilatatievoeg aangetroffen, die het krimpen en uitzetten van het bad opvangt. Dit kan één van de redenen zijn waarom de tegels scheuren. (...)
3. Met het losmaken van de tegels is geconstateerd dat de ondergrond poreus en verzand is. De achtergrond van de tegels laat los en niet de tegellijm.
4. De tegels in de hoeken staan onder spanning. Dit uitte zich doordat er plotseling scheurvorming optrad tijdens het verwijderen van de tegels.”

3.11 Bij brief van 23 maart 2015 heeft de Gemeente Bouwcombinatie aansprakelijk gesteld voor de gebreken aan het wedstrijdbad en Bouwcombinatie gesommeerd om tot herstel over te gaan.

3.12 Tussen 7 en 10 april 2015 heeft herstel (van de door ZwembadPro verwijderde tegels) plaatsgevonden en ook in maart 2016 zijn er vervangende tegels aangebracht door Bouwcombinatie.

3.13 In opdracht van de Gemeente heeft SGS Intron onderzoek uitgevoerd naar het los komen van de tegels van het wedstrijdbad. SGS Intron heeft op 20 augustus 2015 een rapport uitgebracht.

3.14 In de periode maart 2015 - maart 2018 zijn op meerdere plekken in het wedstrijdbad tegels losgekomen.

3.15 Op 9 november 2018 heeft TNO een onderzoeksrapport uitgebracht. Hierin staat onder meer (onder hoofdstuk 6 Beantwoording van de onderzoeksvragen) vermeld:

“Op basis van de analyse zoals weergegeven in hoofdstuk 5 wordt geconcludeerd dat het loslaten van de tegels vrijwel zeker is veroorzaakt door een tijdsafhankelijke toename van de belasting op de tegels. Die belasting is veroorzaakt door uitdrogingskrimp van de betonnen wanden, waardoor de tegels in het vlak onder druk zijn gekomen en uiteindelijk zijn uitgeknipt.

(...)

Zoals reeds is aangegeven in hoofdstuk 5 is het wedstrijdbad voorafgaand aan het tegelwerk enkele weken vol gezet met water. Dit heeft ervoor gezorgd dat er in de periode tussen het storten van het beton en de start van het tegelwerk nog vrijwel geen uitdrogingskrimp van het beton is opgetreden. Daardoor is de uitdrogingskrimp van het beton vrijwel volledig opgetreden na het aanbrengen van het tegelwerk.

Indien het beton voorafgaand aan de applicatie van het tegelwerk al in enige mate uitgedroogd zou zijn, zou dat hebben geresulteerd in geringere vervormingsverschillen en daarmee in lagere drukspanningen in de tegels. Dat zou hoogstwaarschijnlijk hebben geresulteerd in een geringere omvang van de schade.

Rondom de buitenzijde van de wanden van het wedstrijdbad bevindt zich de kelder met de technische installaties. Dat is een warme, droge omgeving, waardoor het beton daar relatief snel en ver kan uitdrogen. Dat resulteert in grotere vervormingsverschillen tussen het beton en de tegels dan in een omgeving waarin het beton minder kan uitdrogen. (...)

Onthecht(ing, toevoeging hof) heeft plaatsgevonden in de stuclaag. Dit betekent dat het al dan niet vol en zat verlijmen geen invloed heeft gehad op de schade.

Zoals vermeld in paragraaf 3.1 is gebruik gemaakt van OmnifillB 100WD als voegmortel (...). De stijfheid van de voegmortel heeft invloed op de drukspanningen in de tegels. Bij een elastische voegmortel kunnen geen drukspanningen in de tegels worden opgebouwd en bij een starre voegmortel wel. Een cementgebonden voegmortel, zoals hier toegepast, is een starre voegmortel.

Op basis van een combinatie van de antwoorden op vraag A.1 en vraag B.13 kan terecht worden geconcludeerd dat de schade zou zijn voorkomen als een elastische voegmortel zou zijn gebruikt.(...)”

4. De vordering in eerste aanleg en het vonnis

4.1 De Gemeente heeft in eerste aanleg gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad,

- te verklaren voor recht dat Bouwcombinatie aansprakelijk is voor de door de Gemeente geleden en nog te

lijden schade in verband met de gebreken aan het wedstrijdbad van de sportboulevard te Dordrecht;

- Bouwcombinatie te veroordelen tot vergoeding van de door de Gemeente geleden en nog te lijden schade in verband met de gebreken aan het wedstrijdbad van de sportboulevard te Dordrecht, zulks nader op te maken bij staat;
- Bouwcombinatie te veroordelen in de proceskosten, vermeerderd met de wettelijke rente daarover.

4.2 De Gemeente heeft aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat de gebreken waaraan het wedstrijdbad lijdt, kwalificeren als verborgen gebreken in de zin van §12 lid 2 sub b van de UAV en dat Bouwcombinatie daarvoor de verantwoordelijkheid moet dragen.

4.3 De rechtbank heeft de vorderingen van de Gemeente afgewezen. Kort gezegd heeft de rechtbank geoordeeld, onder verwijzing naar het rapport van TNO, dat de schade zou zijn voorkomen als een geschikte elastische voegmortel zou zijn gebruikt maar dat de keuze voor de verkeerde voegmortel voor rekening van de Gemeente moet blijven omdat Bouwcombinatie uitvoering heeft gegeven aan de voorschriften van de Gemeente in het bestek. De Gemeente is in de proceskosten veroordeeld.

5. De vorderingen in hoger beroep en de grieven

5.1 De Gemeente heeft in hoger beroep haar eis gewijzigd en gevorderd de bestreden vonnissen te vernietigen en opnieuw rechtdoende bij arrest, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. te verklaren voor recht dat Bouwcombinatie aansprakelijk is voor het gebrek aan het wedstrijdbad van de Sportboulevard in Dordrecht;

2. Bouwcombinatie te veroordelen

Primair:

- a. tot herstel van het gebrek aan het wedstrijdbad, voor zover dat zich in de toekomst openbaart, dat aanvangt binnen 3 kalenderdagen na melding daarvan aan Bouwcombinatie en vervolgens ononderbroken wordt uitgevoerd;
- b. te bepalen dat een dwangsom wordt verbeurd van € 10.000 voor iedere kalenderdag dat herstel later aanvangt en/of vervolgens onderbroken wordt;
- c. te bepalen dat Bouwcombinatie uiterlijk 14 dagen na betekening van het arrest een bankgarantie stelt tot zekerheid van de vordering;
- d. tot vergoeding van de reeds geleden schade van € 97.501,80 incl. btw + PM, vermeerderd met (handels)rente;

Subsidiar:

- a. tot vergoeding van geleden schade van € 97.501,80 incl. btw + PM, vermeerderd met de (handels)rente;
- b. tot vergoeding van de nog te lijden schade, begroot op: primair € 503.856,71 incl. btw; subsidiair € 98.279,96 incl. btw + PM; meer subsidiair € 98.279,96 incl. btw;

3. Bouwcombinatie te veroordelen tot betaling van de deskundigenkosten van € 20.124,96 (incl. btw);
4. Bouwcombinatie te veroordelen in de kosten van beide instanties, met nakosten en rente;
5. Bouwcombinatie te veroordelen tot terugbetaling van hetgeen de Gemeente uit hoofde van het eerdere vonnis aan hen heeft voldaan, vermeerderd met rente.

5.2 De Gemeente heeft vijf grieven aangevoerd. In de eerste grief heeft de Gemeente de gronden voor haar vordering aangevuld. In de tweede grief is aangevoerd dat niet de Gemeente verantwoordelijk is voor de keuze van niet-elastische voegmortel, maar Bouwcombinatie. Volgens de derde grief is Bouwcombinatie aansprakelijk voor onvoldoende uitdrogingskrimp omdat dit een uitvoeringsfout is. De vierde grief is gericht tegen afwijzing van de vorderingen van de Gemeente.

De vijfde grief ziet op de proceskostenveroordeling.

6. Beoordeling door het hof

6.1 De Gemeente heeft zich in hoger beroep op het standpunt gesteld dat Bouwcombinatie aansprakelijk is a) op grond van de afgegeven garantie, b) omdat zij de verantwoordelijkheid voor voorgeschreven materialen op zich heeft genomen, c) omdat zij niet heeft voldaan aan haar waarschuwingsplicht en d) omdat sprake is van een uitvoeringsfout. Deze gronden worden hierna afzonderlijk besproken. De Gemeente heeft geen grief gericht tegen het oordeel van de rechtbank over de in eerste aanleg gekozen grondslag van de vordering, namelijk § 12 UAV, zodat die grondslag in hoger beroep onbesproken blijft.

Garantie

6.2 De Gemeente heeft een beroep gedaan op de garantiebepalingen zoals vermeld in paragraaf 01.02.22 van het bestek en de garantieverklaring die op 26 maart 2010 door Bouwcombinatie is ondertekend (zie hiervoor onder 3.6). Volgens de Gemeente komt haar een beroep op de algemene garantie toe omdat de gebreken het gevolg zijn van ondeugdelijke materialen. Bouwcombinatie heeft op eigen initiatief gekozen voor verlijming van de tegels, terwijl het bestek voorschrijft dat er cementgebonden zetmortel moet worden gebruikt. Ook heeft Bouwcombinatie in afwijking van het bestek gekozen voor Omnicol Omnifill B100WD, een starre voegmortel. Uit het rapport van TNO volgt dat lijm en starre voegmortel geen goede combinatie zijn. Verder heeft Bouwcombinatie gegarandeerd dat de tegels inclusief voegwerk deugdelijk zijn en dat de tegels volledig aan de ondergrond hechten.

6.3 Bouwcombinatie meent dat de Gemeente zich niet meer op de garantie kan beroepen omdat de garantietermijn inmiddels verstreken is. Ook inhoudelijk gaat het beroep op de garantie volgens haar niet op omdat het loslaten van de tegels niet is veroorzaakt door de wijze waarop de tegels zijn aangebracht maar door het uitzetten en krimpen van de ondergrond.

6.4 Het hof overweegt als volgt. Ook als er vanuit wordt gegaan dat de Gemeente binnen de daarvoor geldende

termijn(en) een beroep op de garantie heeft gedaan, kan haar dit niet baten. Uit het rapport van TNO volgt dat de belangrijkste oorzaak van het loslaten van de tegels is gelegen in het uitzetten en krimpen van de ondergrond: hierdoor zijn de tegels uitgeknipt. Weliswaar valt in het rapport ook te lezen dat de schade voorkomen had kunnen worden door het gebruik van een elastische voegmortel maar het is niet het gebruik van een starre voegmortel dat de oorzaak is van het loslaten van de tegels, maar het uitzetten en inkrimpen van de ondergrond. Voor wat betreft het gebruik van Omnicol heeft Bouwcombinatie gesteld dat dit, net zoals het door het bestek voorgeschreven Mapei Keracolor FF, een starre voegmortel met dezelfde eigenschappen is.

De Gemeente heeft dat niet weersproken. Het enkele feit dat Bouwcombinatie voor een ander merk voegmortel heeft gekozen maakt nog niet dat sprake is van een ondeugdelijk materiaal en zoals reeds overwogen was dit ook niet de belangrijkste oorzaak van het gebrek. Voor wat betreft de keuze voor het verlijmen heeft de Gemeente niet gesteld dat zetten (in plaats van verlijmen) het loslaten van de tegels had kunnen voorkomen. Dat volgt ook niet uit het TNO-rapport nu daarin expliciet is opgemerkt: *“Onthecht(ing, toevoeging hof) heeft plaatsgevonden in de stuclaag. Dit betekent dat het al dan niet vol en zat verlijmen geen invloed heeft gehad op de schade.”* Aan de tegels of het voegwerk zelf kleefden geen gebreken zodat de garantiebepaling onder b) niet van toepassing is.

Bouwcombinatie heeft tot slot onder c) gegarandeerd dat de tegels volledig aan de ondergrond hechten. Volgens de Gemeente is inherent aan beton dat dit krimpt naarmate het verder droogt; dit mag bij een aannemer als Bouwcombinatie als bekend worden verondersteld. Die stelling kan op zichzelf als juist worden beschouwd. Echter, in dit geval is dat effect – zo volgt uit het rapport van TNO – versterkt door de aanwezigheid van de installatieruimte met een warme en droge omgeving waardoor het beton relatief snel en ver kan uitdrogen. Dat Bouwcombinatie van dat effect op de hoogte was of had behoren te zijn en daarmee rekening had moeten houden volgt niet uit het rapport en die stelling is ook niet nader onderbouwd. Uit het TNO-rapport kan ook niet worden afgeleid dat de hechting van de tegels op zichzelf ondeugdelijk was. De tegels zijn immers (in de stuclaag) uitgeknipt door de uitdrogingskrimp van de betonnen ondergrond. Uit het voorgaande volgt ook dat een beroep op de algemene garantie onder (a) niet tot een andere conclusie leidt. Die algemene garantie kan immers slechts worden ingeroepen indien zich gebreken voordoen die het gevolg zijn van ondeugdelijke materialen of fouten in de door, of in opdracht van de aannemer ontworpen en toegepaste constructies, installaties en werkwijzen. Uit de stellingen van de Gemeente kan niet worden afgeleid dat van een van deze situaties sprake is.

6.5 Nu uit het rapport van TNO volgt dat de oorzaak voor het loslaten van de tegels is gelegen in krimp van het beton door de warme kelder, en de oorzaak van het probleem dus in het ontwerp ligt, kan evenmin worden gezegd dat Bouwcombinatie het werk niet heeft opgeleverd volgens

de eisen van goed en deugdelijk werk. Ook artikel 2.4 van de overeenkomst biedt dus geen grondslag voor de vordering.

Verantwoordelijkheid voorgeschreven materialen

6.6 De Gemeente heeft zich verder op het standpunt gesteld dat Bouwcombinatie aansprakelijk is omdat Bouwcombinatie volgens (par. 01.02.05.95 van) het Algemeen Bestek de verantwoordelijkheid voor voorgeschreven materialen op zich heeft genomen. De keuze voor niet elastische voegmortel komt dus voor rekening van Bouwcombinatie.

6.7 Het standpunt van de Gemeente gaat uit van de veronderstelling dat het loslaten van de tegels is veroorzaakt door het gebruik van de verkeerde voegmortel. Het hof volgt dat standpunt niet en verwijst naar de conclusie in het TNO-rapport dat de (hoofd)oorzaak van het uitknikken van de tegels is gelegen in het uitzetten en krimpen van de betonnen ondergrond. Uit par. 01.02.05.95 volgt niet dat de aannemer aansprakelijk is voor het gebruik van een voorgeschreven bouw materiaal indien naderhand een ander materiaal kan worden bedacht waarmee de door weer een andere oorzaak veroorzaakte schade had kunnen worden voorkomen.

Waarschuwingsplicht

6.8 De Gemeente heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat Bouwcombinatie c.s. op grond van paragraaf 6 lid 14 UAV een waarschuwingsplicht had voor klaarblijkelijke fouten in het ontwerp en voorgeschreven bouwstoffen. Gezien de kennis, kunde en ervaring van Bouwcombinatie als ervaren zwembadbouwer was de ondeugdelijkheid van de mortel kenbaar. Van Bouwcombinatie mocht verwacht worden dat zij het verschijnsel van uitdrogingskrimp van beton kent en wat de gevolgen daarvan zijn als daarop tegels met een starre voegmortel worden bevestigd.

6.9 Het hof is van oordeel dat de Gemeente onvoldoende heeft onderbouwd dat hier sprake is van een klaarblijkelijke fout. Bouwcombinatie heeft immers onweersproken aangevoerd dat vele zwembaden zijn aangelegd met gebruikmaking van starre voegmortel zonder dat dit tot problemen heeft geleid. Verder bleek de oorzaak gelegen in de ondergrond en de aanwezigheid van een installatieruimte met een warm en droog klimaat. Uit het feit dat partijen zich, na diverse onderzoeken, uiteindelijk tot TNO hebben moeten wenden om die oorzaak te achterhalen, moet geconcludeerd worden dat er geen sprake kan zijn van een evidente (“klaarblijkelijke”) fout in het ontwerp en/of voorgeschreven bouwstoffen waarvoor Bouwcombinatie had moeten waarschuwen.

Uitvoeringsfout?

6.10 De Gemeente heeft zich op het standpunt gesteld dat als Bouwcombinatie de betonnen wanden van het zwembad verder had laten uitdrogen, de schade niet (in deze omvang) zou zijn ontstaan. In artikel 2.4 van de overeenkomst garandeert Bouwcombinatie dat het werk goed en deugdelijk wordt gerealiseerd. Fouten die samenhangen met de uitvoering zijn voor rekening van Bouwcombinatie.

Volgens de Gemeente leidt het rapport van TNO tot de conclusie dat Bouwcombinatie ofwel het wedstrijdbad niet voor het tegelen met water had moeten vullen of nadien zorg had moeten dragen voor langere droging van het beton voordat de tegels werden aangebracht. De Gemeente meent dat het zwembad is gevuld om de waterdichtheid te testen en niet vanwege de voorgeschreven voorbelasting. Ook als wordt aangenomen dat het bad wel is gevuld om voor te belasten, is sprake van een uitvoeringsfout: Bouwcombinatie had moeten kiezen voor een andere wijze van voorbelasting of langere drogingsperiode. Bouwcombinatie heeft het restvochtgehalte in het beton niet (afdoende) gecontroleerd. De Gemeente heeft verzocht om TNO de gelegenheid te geven een deskundigenrapport uit te brengen over de vraag welke schade het gevolg is van onvoldoende uitdrogingskrimp in de uitvoeringsfase.

6.11 Bouwcombinatie heeft betwist dat uit het rapport van TNO volgt dat als de betonnen wanden voor betegeling langer hadden kunnen uitdrogen de schade niet in deze omvang zou zijn ontstaan. Bouwcombinatie heeft geheel conform de instructies uit het bestek gehandeld. Het zwembad is op 25 juni 2009 gevuld met water gedurende drie à vier weken voordat het weer is leeg gemaakt. In oktober 2009 is gestukadoord. Er bestond voor Bouwcombinatie geen aanleiding om te veronderstellen dat de ondergrond niet geschikt zou zijn. Voorbelasten is voorgeschreven in bestek. Dat dit met water gebeurt, was de Gemeente bekend en is volstrekt gebruikelijk, aldus Bouwcombinatie.

6.12 Het hof leest in het TNO-rapport niet dat een langere drogingsperiode de problemen met de tegels had kunnen voorkomen. De Gemeente onderbouwt ook niet welke drogingsperiode Bouwcombinatie dan had moeten hantieren. Dat kan zij mogelijk ook niet omdat uit het rapport van TNO blijkt dat ten tijde van het opstellen van het rapport nog steeds geen sprake was van een volledige uitdroging. TNO vermeldt wel dat door het volzetten van het bad met water voorafgaand aan het tegelwerk vrijwel geen uitdrogingskrimp van het beton is opgetreden en dat de schade hoogstwaarschijnlijk geringer was geweest als het beton voorafgaand aan het tegelen al in enige mate uitgedroogd zou zijn. Zoals Bouwcombinatie echter terecht heeft opgemerkt schreef het bestek het voorbelasten van het wedstrijdbad voor. Het voorbelasten met water was een eigen keuze van Bouwcombinatie. Dat dit (en niet het vullen met zand zoals de Gemeente heeft betoogd) een volstrekt gebruikelijke manier van voorbelasten is acht het hof aanneemelijk. Van een uitvoeringsfout kan daarom op dit punt niet worden gesproken. Dat het wedstrijdbad ook met water is gevuld om de waterdichtheid te testen ligt voor de hand, maar doet niet af aan het feit dat ook het voorbelasten met water is gebeurd. Daarbij komt dat volgens het TNO-rapport (juist) de aanwezigheid van de installatieruimte met een warme en droge omgeving heeft geresulteerd in grotere vervormingsverschillen tussen het beton en de tegels dan in een omgeving waarin het beton minder kan uitdrogen. Dit is dus de belangrijkste oorzaak van het inkrimpen en uitzetten van de ondergrond. Zoals hiervoor reeds overwogen, valt het Bouwcombinatie niet aan te rekenen dat zij hiermee

geen rekening heeft gehouden. Er kan dus niet worden vastgesteld dat Bouwcombinatie een uitvoeringsfout heeft gemaakt. De Gemeente concretiseert ook niet haar verwijt dat Bouwcombinatie het restvochtgehalte niet afdoende heeft gecontroleerd. Ook daarvoor geldt dat niet zozeer het restvochtgehalte als wel de aanwezigheid van de warme en droge kelder de oorzaak van het probleem is. Bij die stand van zaken is het verzoek om een (aanvullend) TNO-rapport dan ook niet aan de orde.

6.13 Het hof zal ook het bewijsaanbod van de Gemeente passeren omdat het onvoldoende duidelijk is betrokken op voldoende geconcretiseerde stellingen dan wel omdat geen feiten zijn gesteld die, indien bewezen, tot een andere beslissing kunnen leiden.

Slotsom

6.14 Uit het voorgaande volgt dat de vorderingen van de Gemeente ook in hoger beroep niet toewijsbaar zijn. Het hof zal daarom het bestreden vonnis (inclusief proceskostenveroordeling) bekrachtigen. Ook de grieven 4 en 5 falen dus. Bij deze uitkomst past dat de Gemeente wordt veroordeeld in de proceskosten, vermeerderd met de gevorderde en niet bestreden nakosten en rente.

(...)

Noot

1. Dit is zo'n zaak, waarvan de uitkomst naar mijn idee net zo goed in het voordeel van de opdrachtgever had kunnen uitpakken. De uitspraak komt mij wel enigszins rommelig over. Of dit nou is vanwege de door partijen gekozen insteek of de door het hof bepaalde volgorde, is mij niet geheel duidelijk.

2. Ofschoon verschillende bouwrechtelijke onderwerpen in deze zaak in meer of mindere mate de revue passeren, richt ik mij in deze annotatie alleen op een vaak voorkomende discussie. Dit betreft de vraag of er sprake is van een uitvoeringsfout of een ontwerpfout. Het hof heeft in deze zaak geoordeeld dat sprake is van een ontwerpfout. Of dit gezien de (technische) merites van de zaak terecht is, laat ik in het midden. Dat deze uitkomst vanzelfsprekend mede afhankelijk is van de wijze waarop partijen hebben geprocedeerd is een gegeven. Ongeacht de uiteindelijke uitkomst – nogmaals dit had wat mij betreft beide kanten op kunnen gaan –, had de juridische discussie, zoals deze uit het arrest blijkt, in mijn ogen een ander en zuiverder verloop kunnen hebben. Ik zal dit toelichten.

3. Eerst kort de casus zelf. De Gemeente en Bouwcombinatie hebben op 3 april 2008 een aannemingsovereenkomst gesloten voor de realisatie van een gebouw met sporthal, turnzaal, ijshal, zwembad, centrale hal, verenigings- en vergaderruimten en een parkeervoorziening, tezamen genoemd "Sportboulevard Dordrecht". Het betreft een traditioneel contract, waarop de UAV 1989 van toepassing zijn verklaard. In de aannemingsovereenkomst wordt een aantal garanties door Bouwcombinatie afgegeven (paragraaf 01.02.22 van het Algemeen Bestek). Een algemene garantie en twee garanties betreffende de tegels en de

hechting aan de ondergrond. Het werk is op 27 april 2010 opleverd.

4. In maart 2015 heeft de zwembadexploitant bij de Gemeente gemeld dat bepaalde tegels van het wedstrijdbad loslaten. Op 16 maart 2015 is onderzoek gedaan door bureau Zwembadpro en deze constateert dat er 3,1 m² tegels los zit, dat er geen dilatatievoeg is aangetroffen, dat de ondergrond poreus en verzand is en dat de tegels in de hoeken onder spanning staan.

5. Nadat de Gemeente bij brief d.d. 23 maart 2015 Bouwcombinatie aansprakelijk stelde en herstel vorderde, heeft Bouwcombinatie tussen 7 en 10 april 2015 en in maart 2016 herstel uitgevoerd.

6. Vervolgens zijn in de periode daarna tot maart 2018 op meerdere plekken tegels losgekomen. Op 9 november 2018 heeft TNO een onderzoeksrapport uitgebracht naar aanleiding van een aantal aan haar gestelde onderzoeksvragen.

7. Ondertussen had de Gemeente Bouwcombinatie reeds betrokken in een procedure voor de Rechtbank Rotterdam. In het vonnis heeft de rechtbank de vorderingen van de Gemeente afgewezen. De Gemeente is in hoger beroep gegaan.

8. In het hoger beroep draait het om de hiervoor gestelde hoofdvraag. Het hof beantwoordt deze vraag aan de hand van de stellingen en de gekozen insteek van partijen alsmede het rapport van TNO. Opvallend daarbij is de door elkaar heen lopende discussiepunten en de gelegde accenten.

9. Overigens lijkt het voor wat betreft de interpretatie van het TNO-rapport niet helemaal goed te gaan, althans lijkt de uitkomst van het hoger beroep afhankelijk te zijn geweest van de wijze waarop TNO heeft gerapporteerd en de wijze waarop het hof dit rapport heeft gelezen en geïnterpreteerd. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat een technisch deskundig en kritischer oog van arbiters van de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen hier wellicht tot een andere uitkomst had geleid, maar dit ter zijde.

10. Deze kwestie start met het constateren van een gebrek, althans met het signaleren van een symptoom van een gebrek (loslatende tegels). De Gemeente stelt dat het gaat om een verborgen gebrek ex § 12 lid 2 UAV 1989, waarvoor Bouwcombinatie aansprakelijk is. Voor deze stelling draagt de Gemeente in beginsel de bewijslast. Van deze loslatende tegels wordt een aantal jaar na oplevering (binnen 5 jaar) melding gemaakt bij Bouwcombinatie en deze herstelt na aansprakelijkstelling door de Gemeente de tegels. In de daaropvolgende jaren laten meer tegels los. Onderzoek wijst uit dat er sprake is van een uitdrogingskrimping in de betonnen wanden van het zwembad na het aanbrengen van de tegels, waardoor de tegels onder spanning komen en loslaten. Dit betreft dus het daadwerkelijke gebrek. De uitdrogingskrimping wordt bovendien versterkt door de aanwezigheid van de warme en droge installatieruimte nabij het zwembad. Hierdoor is er sprake van relatief snel en ver uitdrogende betonnen wanden.

11. Het verborgen gebrek ziet dus op de (onvermijdelijke) uitdrogingskrimping, die in deze zaak vrijwel volledig na

het aanbrengen van de tegels met starre voegmortel heeft plaatsgevonden. Dit had niet gemogen en lijkt mij in strijd met de eis van goed en deugdelijk werk. Dit zou dan duiden op een uitvoeringsfout.

12. Overigens heeft de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen in meerdere uitspraken geoordeeld dat na herstel van een verborgen gebrek de vervaltermijn van paragraaf 12 lid 4 UAV 1989 opnieuw gaat lopen. Daarvoor dient wel te zijn voldaan aan de volgende vereisten: het herstel moet door de aannemer zijn verricht, het herstel moet niet buiten erkenning van aansprakelijkheid zijn verricht, het herstel moet substantieel zijn geweest en het herstel moet niet deugdelijk zijn geweest (Zie Van Wijngaarden & Chao-Duivis, *Serie Bouw- Aanbestedingsrecht*, deel 2, nr. 124, RvA 19 maart 2008, nr. 71.240, *TBR* 2008/179, m.nt. Rutten en RvA 18 februari 2005, nr. 25.697, *BR* 2005/182 m.nt. Chao-Duivis). In casu zou dat kunnen betekenen dat na het (ondeugdelijke) herstel opnieuw een nieuwe vervaltermijn zou zijn gaan lopen. Daarmee zou de vordering tot herstel van een verborgen gebrek niet zijn vervallen en had dit, naast een aanspraak op herstel onder de garantie, ook in hoger beroep als grondslag voor de herstellvordering kunnen dienen. Uiteraard ben ik niet volledig op de hoogte van alle omstandigheden en kunnen er allerlei logische overwegingen hebben meegespeeld om niet voor deze insteek te kiezen.

13. Dat het proces van de uitdrogingskrimping wordt versneld, maar ook langer door gaat (met als gevolg grotere vervormingsverschillen), is een omstandigheid welke volgens het TNO-onderzoek voortkomt uit de aanwezigheid van de hiervoor genoemde warme en droge installatieruimte in de kelder. Deze is conform het ontwerp daar gerealiseerd. De vraag is of het ontwerp op dit punt gebrekkig is en of er dus misschien wel sprake is van een ontwerpfout in plaats van een uitvoeringsfout. Dit lijkt de stelling van Bouwcombinatie te zijn, zodat zij daarvoor in beginsel de bewijslast draagt. Had de Gemeente maatregelen moeten treffen in het ontwerp om de invloed van de droge en warme lucht van de installatieruimte op de betonnen wanden tegen te gaan of op te vangen? Had zij de ruimte elders moeten situeren? Of ligt het anders en had zij van Bouwcombinatie mogen verwachten dat zij aan de hand van metingen een (nagenoeg) volledige uitdrogingskrimping zou hebben afgewacht? Indien van het eerste uit zou worden gegaan, luidt de conclusie dat sprake is van een ontwerpfout (zie art. 7:760 lid 2 jo. lid 3 BW en § 5 lid 2 UAV 1989). Overigens heeft het stellen van een ontwerpfout vaak te gelden als een bevrijdend verweer. Het (uitvoerings)gebrek is geconstateerd, maar is veroorzaakt door een fout in het ontwerp.

14. Maar zou van Bouwcombinatie niet mogen worden verwacht dat zij – met al haar kennis, kunde en ervaring – de situatie aldaar (de invloed van de warme en droge installatieruimte op de uitdrogingskrimping) beter op zich in had laten werken? En had niet verwacht mogen worden van Bouwcombinatie als aannemer van het gehele project “Sportboulevard Dordrecht” – en dus met de kennis dat er nabij de betonnen wanden van het zwembad een zeer droge en warme ruimte in het ontwerp stond aangegeven – dat zij op dit punt haar vinger zou opsteken tijdens

de werkvoorbereiding c.q. de uitvoering van het zwembad? Kortom, had Bouwcombinatie niet moeten waarschuwen voor dit op de loer liggende (klaarblijkelijke?) gebrek (zie art. 7:754 BW en § 6 lid 14 UAV 1989)? Anders dan het Hof onder r.o. 6.4 en 6.12 van het arrest overweegt, zou ik mij dat kunnen voorstellen.

15. Als een schending van de waarschuwingsplicht (waarvan de bewijslast bij de Gemeente zou liggen) zou worden aangenomen, dan zou dat betekenen dat Bouwcombinatie in beginsel geheel aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade (zie § 6 lid 14 UAV 1989). Indien zou worden aangenomen dat ook bij de Gemeente voldoende deskundigheid zou bestaan om de ontwerpfout te ontdekken (Zie onder meer Asser/*Van den Berg & Van Gulijk* 7-VI 2022/90, 2022/91 en 2022/92), dan zou de schade aan de hand van een eigen schuld-verweer ex 6:101 lid 1 BW van Bouwcombinatie nog kunnen worden verdeeld over de partijen.

16. Het door Bouwcombinatie tijdig waarschuwen van de Gemeente voor de risico's van een doorlopende c.q. langlopende uitdrogingskrimp in de betonnen wanden van het zwembad, had partijen aan kunnen zetten tot het zoeken naar een deugdelijke, niet al te kostbare oplossing. Wellicht hadden partijen dan voor de oplossing van een *flexibele* voegmortel gekozen.

17. Het hierboven door mij geschetste verloop van een 'uitvoeringsfout-ontwerpfout'-discussie is in mijn ogen zuiverder, dan dat ik regelmatig tegenkom. Uiteraard spelen vele omstandigheden een rol in een procedure en is het soms niet goed mogelijk de vinger (meteen) op de zere plek te leggen, maar een duidelijk besef ten aanzien van welk deel van de discussie voorligt, maakt de procedure overzichtelijker.

M.R. Lim

Aanbestedingsrecht

BR 2022/59

Rechtbank Rotterdam 19 april 2022, nr. C/10/633138 / KG ZA 22-101

(Mr. P. de Bruin)
m.nt. T.A. Terlien¹

Art. 1.7, 1.11, 1.14, 1.15, 1.16, 2.132 Aanbestedingswet

ECLI:NL:RBROT:2022:3351

Initieel meervoudig onderhandse aanbesteding. Enkelvoudig onderhands gegund. Motivering intrekkingsslissing. Aanvulling redenen tot intrekking. Gelijkheids- en transparantiebeginsel.

¹ Tjinta Terlien is advocaat Bouw & Aanbestedingsrecht bij Ploum.

De BAR-organisatie heeft namens de gemeenten Barendrecht, Albrandswaard en Ridderkerk ('BAR c.s.') een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure voor de ontwikkeling en het leveren van een 'diagnose instrument participatie' georganiseerd. In totaal hebben twee inschrijvers tijdig een inschrijving ingediend. BAR c.s. kwam bij de beoordeling van de inschrijvingen tot de ontdekking dat een benodigde koppeling abusievelijk niet in de aanbestedingsstukken was opgenomen, in verband waarmee BAR c.s. de aanbestedingsprocedure heeft ingetrokken. BAR c.s. besluit vervolgens om de opdracht onderhands te gunnen aan een van de twee inschrijvers, mede gelet op de geraamde waarde, gewijzigde – nog niet eerder medegedeelde – technische wensen en een gewenste digitaliseringsslag. De betreffende partij zou de enige partij zijn die de koppeling beschikbaar heeft en in 2022 de implementatie gerealiseerd kan krijgen. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam komt tot het oordeel dat BAR c.s. door haar handelen en/of nalaten diverse beginselen van het aanbestedingsrecht heeft geschonden.

Vonnis in kort geding van 19 april 2022 in de zaak van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid COMPETENSYS B.V., gevestigd te Hengelo, kantoorhoudende te Enschede, eiseres, tegen

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon op basis van de Wet gemeenschappelijke regeling, het openbaar lichaam BAR-ORGANISATIE, zetelend te Ridderkerk,
2. de publiekrechtelijke rechtspersoon GEMEENTE BARENDRECHT, zetelend te Barendrecht,
3. de publiekrechtelijke rechtspersoon GEMEENTE ALBRANDSWAARD, zetelend te Rhoon,
4. de publiekrechtelijke rechtspersoon GEMEENTE RIDDERKERK, zetelend te Ridderkerk, gedaagden.

Partijen worden hierna CompetenSYS en (aangeduid in vrouwelijk enkelvoud) BAR c.s. genoemd. Gedaagden sub 2 tot en met 4 worden hierna samen aangeduid als de gemeenten.

(...)

2. De feiten

2.1 Gedaagde sub 1 is als aanbestedende dienst namens de gemeenten als opdrachtgevers op 28 september 2021 een meervoudig onderhandse aanbesteding gestart voor de ontwikkeling en het leveren van een 'diagnose instrument participatie'. De opdracht betreft het verkrijgen van een instrument ('Software as a Service' (SaaS-oplossing)) dat kan worden ingezet bij de dienstverlening door de gemeenten aan uitkeringsgerechtigden. Met dit instrument