

## Aanneming. Is de vordering van opdrachtgever tot verbetering van het werk in kort geding toewijsbaar?

Rb. Den Haag 30-05-2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:8007

**Instantie**

Rechtbank Den Haag

**Datum**

30 mei 2017

**Magistraten**

Mr. G.P. van Ham

**Zaaknummer**

C/09/529439 / KG ZA 17/383

**Folio weergave**

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

**Vakgebied(en)**

Bouwrecht / Aanneming

**Brondocumenten**

ECLI:NL:RBDHA:2017:8007, Uitspraak, Rechtbank Den Haag, 30-05-2017

**Wetgeving**

Paragraaf 6 lid 2 en 7 UAV 2012

### Essentie

**Aanneming. Verbetering van het werk. Kort geding.**

**Is de vordering van opdrachtgever tot verbetering van het werk in kort geding toewijsbaar?**

### Samenvatting

*De provincie Zuid-Holland heeft aan BAM opdracht gegeven tot de aanleg van een rotonde en verbindingsweg naar het bedrijventerrein "De Wetering" te Bergambacht. De opdracht is vervat in een RAW-bestek (2010) en de UAV 2012 zijn van toepassing verklaard. Onderdeel van het werk was de aanleg van een fundering op palen voor de weg. In het bestek was bepaald dat, voordat het werk door BAM mocht worden voortgezet, de geheide palen moesten worden goedgekeurd door de Provincie, waarbij geen scheurvorming groter dan 0.1 mm mocht optreden. BAM heeft de palen in het werk geheid en vervolgens akoestisch laten doormeten. Uit de metingen bleek dat van de 464 palen, er 148 gescheurd waren, waarvan tenminste 86 ernstig en 2 waren zelfs onbruikbaar. Verder was er voor 177 palen geen bruikbare meting voorhanden. BAM had echter inmiddels de zogenoemde matras op de geheide palen aangebracht, waardoor het niet meer mogelijk was om de palen opnieuw door te meten zonder eerst het paalmatras te demonteren. De Provincie heeft het werk vervolgens stilgelegd en BAM op grond van § 46 UAV in gebreke gesteld. BAM weigerde herstel van de palen uit te voeren. BAM stelde zich op het standpunt dat van een uitvoeringsfout geen sprake was en dat zij heeft gewerkt met een in het bestek voorgeschreven uitvoeringswijze. De oorzaak van de scheurvorming was volgens BAM gelegen in een ontwerpfout waarvoor de Provincie het risico draagt. De Provincie heeft vervolgens een aanwijzing gegeven zoals bedoeld in § 50 lid 1 jo. 6 lid 2 UAV tot verbetering van onvoldoend werk zoals bedoeld in § 6 lid 7 UAV. BAM weigerde aan de aanwijzing te voldoen en de Provincie vorderde in kort geding dat BAM zou worden veroordeeld de paalmatras te verbeteren.*

*Vzr.: De voorzieningenrechter stelt vast dat tussen partijen niet in geschil is dat sprake is van een gebrek in het werk. Tussen partijen is echter wel in geschil wie aansprakelijk is voor de scheurvorming in de palen. Volgens BAM was sprake van een ontwerpfout en volgens de Provincie was sprake van een uitvoeringsfout. De voorzieningenrechter oordeelt dat nadere bewijslevering nodig is om vast te kunnen stellen wat de precieze oorzaak is van de scheurvorming en welke herstelmethode noodzakelijk is. Daarvoor is nader onderzoek door deskundigen vereist. Nu in dit kort geding niet is vast te stellen wat de oorzaak is van de gebreken in de paalmatras en ook over de herstelmethode geen consensus bestaat, worden alle vorderingen van de Provincie afgewezen.*

## Verwant oordeel

### Zie ook:

- HR 1 juni 2007, *NJ* 2007/309: bewijsregels in kort geding;
- HR 21 april 1995, *NJ* 1996/462: beoordelingskader in kort geding;
- HR 4 juni 1993, *NJ* 1993/659;
- HR 2 december 1983, *NJ* 1984/369 en;
- HR 8 januari 1965, *NJ* 1965/162: kort geding leent zich niet voor bewijsvoering;
- Rb. Arnhem 5 november 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB7538: herstel gebrek in kort geding;
- Rb. Overijssel 15 oktober 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2470: waarschijnlijkheid uitkomst bodemprocedure;
- RvA 14 juni 2016, nr. 35.785: herstel gebrek in kort geding;
- RvA 9 december 2014, nr. 71.992: niet opvolgen van aanwijzingen;
- M.A. van Wijngaarden & M.A.B. 'Chao-Duivis, Bouw- en aanbestedingsrecht', *Jurisprudentie en regelgeving*, nr. 13, p. 31;
- M.A.B. Chao-Duivis, *T&C Bouwrecht*, commentaar op § 50 UAV 2012.

### Zie anders:

- RvA 14 juni 2016, nr. 35.785: aannemster veroordeeld tot herstel van gebreken in kort geding. (r.o. 37) "Arbiter is van oordeel dat de herstellvordering van opdrachtgever met betrekking tot laatstgenoemde gebreken en de vordering tot oplevering van het werk (nadat het herstel van de gebreken is uitgevoerd) ook in een eventueel nog aanhangig te maken bodemgeschil ontwifelbaar zal worden toegewezen."

## Wenk

De Provincie heeft in dit kort geding gevorderd dat BAM zou worden veroordeeld tot het verbeteren van onvoldoend werk op grond van § 6 lid 7 UAV. De Provincie heeft een risico genomen door dit herstel in kort geding te vorderen. Volgens vaste jurisprudentie geldt namelijk dat de in kort geding beslissende rechter zich heeft te richten naar de waarschijnlijke uitkomst van de bodemprocedure. Uit de hierboven aangehaalde uitspraken volgt dat een vordering tot herstel van werk slechts dan wordt toegewezen indien een grote mate van waarschijnlijkheid bestaat dat ook in een bodemprocedure wordt geoordeeld de aannemer voor het gebrek aansprakelijk is. Dit geldt des te meer indien de gevraagde voorziening een vergaande (financiële) strekking heeft of onomkeerbare gevolgen met zich brengt. Bovendien leent een kort geding zich naar vaste jurisprudentie in beginsel niet voor nadere bewijslevering. Het voorgaande betekent dat complexe zaken, waarin bijvoorbeeld deskundigen moeten worden ingeschakeld of getuigen moeten worden gehoord, meestal niet geschikt zijn voor een kort geding. De eisende partij loopt in die zaken een groot risico dat de rechter de gevraagde voorlopige maatregel (voorziening) weigert louter en alleen omdat hij de zaak niet vatbaar acht om in een kort geding genoegzaam te worden toegelicht. Deze zaak is daar een voorbeeld van. Bijzonder in deze zaak is nog dat de vorderingen van de Provincie niet spaak lopen op een tekort aan feitelijke informatie over de oorzaak van het gebrek, maar juist een overvloed daaraan. De standpunten van partijen omtrent de oorzaak van de scheurvorming in de palen staan diametraal tegenover elkaar en zijn beide grondig onderbouwd met rapportages van verschillende deskundigen, die op hun beurt ook tegengestelde meningen hebben. Hoewel dus vaststaat dat sprake is van een gebrek in het werk, kan de voorzieningenrechter bij deze stand van zaken niet vooruitlopen op het oordeel dat in een bodemprocedure naar verwachting gegeven zal worden. Ook de uiterst subsidiaire vordering van de Provincie – waarbij in het midden werd gelaten voor wiens rekening het herstel zou moeten worden uitgevoerd – wordt afgewezen. De reden daarvan is dat eveneens niet duidelijk is geworden op welke wijze het herstel zou moeten worden uitgevoerd. Ook daarvoor is nader onderzoek vereist. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is het niet doelmatig om BAM te veroordelen tot herstel als geen duidelijkheid bestaat over de vraag hoe dat herstel zou moeten worden uitgevoerd. Interessant is overigens nog het oordeel van de voorzieningenrechter omtrent de aanwijzingsbevoegdheid van de directie op grond van § 6 lid 2 UAV. Ingevolge § 6 lid 2 tweede volzin UAV is een opdrachtnemer verplicht orders en aanwijzingen van de directie tijdens de uitvoering van het werk op te volgen. Het niet opvolgen van een aanwijzing heeft in de regel een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst tot gevolg. De voorzieningenrechter oordeelt echter dat een aanwijzing betrekking dient te hebben op de uitvoering van werkzaamheden op grond van hetgeen in een bestek is voorgeschreven. De aanwijzingsbevoegdheid ex § 6 lid 2 UAV reikt dus niet zover dat de opdrachtnemer verplicht kan worden om op eigen kosten (herstel)werkzaamheden uit te voeren op een wijze die niet in het bestek is voorzien. De Provincie zal niet blij zijn met de afwijzing van haar vorderingen in dit kort geding. Het werk ligt immers al bijna twee jaar stil en bovendien staat vast dat sprake is van een gebrek in het werk dat eerst op enigerlei wijze moet worden hersteld. Dit kort geding leidt er echter niet toe dat herstel van de gebrekkige palen op korte termijn zal worden uitgevoerd. De Provincie rest niets anders dan een bodemprocedure te starten of alsnog in overleg met BAM tot een oplossing te komen.

## Partij(en)

Vonnis in kort geding in de zaak van:

De Provincie Zuid-Holland, te Den Haag, eiseres, advocaat mr. M.R. van Rijckevorsel te Den Haag,  
tegen

BAM Infra B.V., te Gouda, gedaagde, advocaat mr. L. Mundt te Rotterdam.

## **Uitspraak**

### **Voorzieningenrechter:**

#### **1. De procedure**

##### **1.1.**

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met daarbij en nadien overgelegde producties;
- de akte houdende een wijziging van eis, tevens houdende overlegging productie
- de door gedaagde overgelegde producties;
- de op 12 mei 2017 gehouden mondelinge behandeling, waarbij door beide partijen pleitnotities zijn overgelegd.

##### **1.2.**

Ter zitting is vonnis bepaald op heden.

#### **2. De feiten**

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

##### **2.1.**

Na het doorlopen van een openbare aanbesteding heeft de Provincie BAM opdracht gegeven tot de uitvoering van het werk "de aanleg rotonde de Wetering N210b te Bergambacht" (hierna: het Werk) overeenkomstig het bestek DOS-2013-0004217 (hierna: het Bestek).

##### **2.2.**

Op het Bestek zijn van toepassing de Standaard RAW bepalingen 2010, inclusief vastgestelde Errata (hierna: de Standaard RAW) en het Besluit vaststelling Uniforme administratieve voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken 2012 (hierna: UAV 2012).

##### **2.3.**

Het Bestek is in opdracht van de Provincie opgesteld door Royal Haskoning DHV (hierna: Haskoning). Haskoning voerde ook de directie op het Werk, namens de Provincie.

##### **2.4.**

Onderdeel van het Werk betreft de realisatie van een parallelweg en verbindingsweg naar het nieuwe deel van bedrijventerrein De Wetering, en de realisatie van een hoofdrijbaan. Als fundering voor de parallelweg en de verbindingsweg dient een paalmatras (kort gezegd: een wegfundering op palen) te worden aangelegd. Beoogde opleverdatum van het gehele Werk was 18 maart 2016.

##### **2.5.**

In het Bestek is, voor zover nu relevant, het volgende vermeld:

"(...)



(...)

421130	410130	. . . . .	Aanbrengen vooraf vervaardigde paal.
		. . . . .	Situering: onder te realiseren paalmatras N210,
		. . . . .	deelgebied III, zie tekening
		. . . . .	DW-BA9626100100-B-0003
		1. . . . .	Betonnen paal:
		. . . . .	Prefab betonpaal
		. . . . .	Schachtafmetingen 290 x 290 mm
		. . . . .	Bovenkant betonnen paaldeksel: N.A.P. -2,45 m
		. . . . .	Paalpuntniveau: N.A.P. -13,50 m
		.3. . . . .	Paal: lengteklasse van 10 tot 15 m
		. .1. . . . .	Helling paal: verticaal
		. . .3. . . . .	Hoogte werkterrein ter keuze van de aannemer
		. . . .1. . . . .	Wijze van aanbrengen ter keuze van de aannemer
		. . . . .	Materieel ter keuze van de aannemer
		. . . . .9	Inclusief het toepassen van door de aannemer te
		. . . . .	bepalen hulpconstructies conform bestekspostnr.
		. . . . .	910080

(...)

*"41 12 Eisen en uitvoering*

*41 12 01 Voorwaarden en uitgangspunten voorgespannen betonpalen"*

(...)

**"14.** Indien voor, tijdens en na het heien van de palen scheurvorming dan 0,1 mm wordt geconstateerd, is de paal afgekeurd.

De directie bepaald het aantal palen welke opnieuw moeten worden geleverd cq geheid. De kosten van leveren en heien van deze palen zijn voor rekening van de aannemer."

(...)

*"41 15 Bijbehorende verplichtingen"*

(...)

*"41 15 02 Voorwaarden akoestisch doormeten voorgespannen betonpalen"*

(...)

**"04.** Zodra de resultaten van de metingen aan de directie zijn afgegeven, en geen afwijkingen zijn gesignaleerd, mag de aannemer met de werkzaamheden voor het betreffende onderdeel beginnen."

(...)"

## 2.6.

Bijlage 7 bij het Bestek is een rapportage ontwerp paalmatras, opgemaakt door Crux Engineering B.V. (hierna: Crux), in opdracht van Haskoning. Dit rapport bevat – zo staat er in vermeld – de berekeningen van het paal draagvermogen en de matraswapening. Op pagina 10 van dit rapport staat de volgende passage:

"(...)

### *3.6 Uitvieringsaspecten paalfunderingen*

Ten aanzien van de uitvoering van de paalfundering worden de volgende opmerkingen gemaakt:

- Tijdens de uitvierung van de paalfundering door het zandcunet van de huidige rijbaan moet, waar relevant, aandacht worden geschonken aan het heien door de zandige toplaag. Bij heien door de toplaag de onderliggende veenlaag in, is het mogelijk dat de paal ineens 'doorschiet' en vele meters de veenlaag inzakt. Dit is een risicovolle situatie voor zowel het materieel, de heipaal en de uitvoering. De aannemer dient om dit risico te beperken adequate voorzorgsmaatregelen te nemen.
- De aannemer dient adequate maatregelen te nemen (funderingslaag en/of draglineschotten) om de stabiliteit van de heimachine op de slappe ondergrond te kunnen waarborgen.
- Vanwege de slappe ondergrond moet worden voorkomen dat aangebrachte zijdelings belast worden door maaiveldbelastingen en/of steile ontgravingen.

(...)"

## 2.7.

BAM heeft bij de aanleg van de paalmatras eerst de palen aangebracht en vervolgens de grond tussen de paalkoppen en het maaiveld weggegraven. Daarna heeft BAM de palen akoestisch door laten meten door IFCO Funderingsexperts B.V. (hierna: IFCO), als bedoeld in artikel 41.15.01 Standaard RAW en vervolgens heeft BAM – voordat de resultaten van de metingen aan de Provincie waren verstrekt – de matras op de palen aangebracht.

#### **2.8.**

Op 6 oktober 2015 is door IFCO gerapporteerd over de resultaten van de doorgemeten palen.

#### **2.9.**

Naar aanleiding van de rapportage van IFCO van 6 oktober 2015 heeft de Provincie zich op het standpunt gesteld dat de palen moeten worden afgekeurd. Op 7 oktober 2015 is het Werk in opdracht van de Provincie stilgelegd. Bij brief van 21 oktober 2015 heeft de Provincie BAM op grond van paragraaf 46 lid 1 UAV 2012 in gebreke gesteld.

#### **2.10.**

In opdracht van Haskoning heeft Crux het onderzoek van IFCO beoordeeld. Crux heeft zich hierover in twee notities gedateerd 20 november 2015 uitgelaten (interpretatie akoestische meetsignalen, respectievelijk analyse paalmomenten bij gescheurde palen). Crux adviseert, kort gezegd, om een proefbelasting uit te voeren. In opdracht van BAM heeft Crux vervolgens een “Plan van Aanpak beproeving paalmatras Bergambacht” opgesteld, gedateerd 27 januari 2016.

#### **2.11.**

De Provincie heeft het plan van aanpak van Crux van 27 januari 2016 laten beoordelen door onderzoeksbureau Deltares (hierna: Deltares). Deltares heeft hierover op 12 februari 2016, 7 maart 2016 (2x) en 18 april 2016 gerapporteerd. Deltares adviseerde nader onderzoek. Dit nadere onderzoek is – met medewerking van BAM – uitgevoerd en Deltares heeft hierover op 14 juni 2016 gerapporteerd. Deltares adviseert, kort samengevat, dat ofwel alle palen moeten worden vervangen, ofwel de matras voor een groot deel moet worden verwijderd en nieuwe palen naast de afgekeurde palen worden geplaatst.

#### **2.12.**

Bij brief van 1 maart 2016 heeft BAM aanspraak gemaakt op termijnsverlenging op grond van paragraaf 8 lid 4 en lid 5 UAV 2012. De Provincie heeft dit verzoek bij brief van 21 maart 2016 afgewezen.

#### **2.13.**

De Provincie heeft BAM bij brief van 1 juli 2016 als volgt bericht:

“(…)

Gelet op de conclusies van Deltares staat vast dat van een groot deel van het palenmatras de palen zijn gebroken of gescheurd. Bovendien staat vast dat dit het gevolg is van uw (uitvoerings)keuze de palen eerst te heien en daarna te ontgraven (zie ook art. 42.11.10 van het bestek), terwijl u uitdrukkelijk bent gewaarschuwd voor de zijdelingse belasting als gevolg van ontgravingen en/of maaiveldbelastingen (par. 3.6 Ontwerpproject Crux). Er is op die onderdelen sprake van onvoldoende werk. Voor de overige palen geldt dat voor vrijwel alle palen nog moet worden aangetoond dat deze wel voldoen aan de eisen uit het bestek en de Standaard RAW. Onder die omstandigheden is geen sprake van voor rekening van de Provincie komende omstandigheden die u recht zouden geven op bouwtijdverlenging of vergoeding van stagnatieschade. Uw aanspraken wijzen wij derhalve af.

Op grond van § 6 lid 7 UAV'12, dient BAM het palenmatras te verbeteren of te vernieuwen. Deltares doet daarvoor twee aanbevelingen. Wij verzoeken, en zo nodig, sommere u binnen drie weken na dagtekening — derhalve uiterlijk 25 juli 2016 — een plan van aanpak te verstrekken waaruit volgt dat het palenmatras op uw kosten uiterlijk december 2016 verbeterd of vernieuwd zal zijn. Indien u geen gevolg geeft aan deze sommatie, behouden wij ons het recht voor verbetering of vernieuwing (door een derde) te laten uitvoeren of om in een spoedarbitrage nakoming van uw verplichtingen te vorderen. (…)”

#### **2.14.**

Bij brief van 18 juli 2016 heeft BAM aansprakelijkheid van de hand gewezen en haar aanspraken op bouwtijdverlenging en schade gehandhaafd. BAM heeft zich daarbij op het standpunt gesteld dat van een uitvoeringsfout geen sprake is, dat zij heeft gewerkt met een in het Bestek voorgeschreven uitvoeringswijze, dat geen sprake is van een tekortkoming van BAM en dat er daarom ook geen verplichting is om de paalmatras te verbeteren of te vernieuwen. BAM stelt daarom niet tegemoet te komen aan het verzoek om een plan van aanpak op te stellen en op eigen kosten over te gaan tot verbetering of vernieuwing uiterlijk december 2016. BAM geeft wel aan dat zij wil streven naar een oplossing in goed overleg.

#### **2.15.**

Partijen hebben vervolgens (onder andere op 26 september 2016) overleg gehad over een mogelijke oplossing voor de

ontstane situatie. Hierbij is gesproken over een verbetermaatregel die inhoudt dat een betonnen plaatconstructie op nieuwe palen boven de bestaande paalmatras op een deel van de parallelweg wordt geplaatst. Het overleg heeft echter niet tot overeenstemming tussen partijen geleid.

## 2.16.

Bij brief van 17 oktober 2016 heeft de Provincie als volgt bericht aan BAM:

“(...)

Wij behouden ons dan ook uitdrukkelijk het recht voor de in rechte vernieuwing van het gehele palenmatras te vorderen ex § 6 lid 7 UAV'12.

Alvorens daartoe over te gaan, zullen wij u coulancehalve en onverplicht nog eenmaal in de gelegenheid stellen het palenmatras voor uw rekening en risico te verbeteren. In dat kader bespraken wij op 28 september de mogelijke maatregel van het plaatsen van een betonnen plaatconstructie op nieuwe palen boven het bestaande palenmatras ter hoogte van de aansluiting van de ontsluitingsweg De Wetering op de zuidelijke rijbaan. U heeft onderzoek naar deze maatregel gedaan en op 28 september 2016 bevestigd deze maatregel verder uit te werken en uit te voeren.

Volledigheidshalve verzoeken, en zo nodig sommeren wij u binnen twee weken na dagtekening, derhalve uiterlijk op 31 oktober 2016, schriftelijk te bevestigen dat u het palenmatras van de zuidelijke rijbaan op uw kosten zal vernieuwen dan wel zal verbeteren op voornoemde wijze op het eerst mogelijke moment dat de weersomstandigheden dat toelaten, een en ander in overeenstemming met de directie, zodat het palenmatras alsnog aan alle eisen uit het bestek en de standard RAW en de eventuele betonplaat op palen aan alle daarop van toepassing zijnde eisen, inclusief het technisch Programma van Eisen 'Vaste Kunstwerken v3.0 van 21-01-2016 van de provincie Zuid Holland voldoet. Deze sommatie dient u op te vatten als een aanwijzing in de zin van § 6 lid 2 en § 50 UAV'12. Indien u geen gevolg geeft aan deze aanwijzing, behouden wij ons het recht voor in rechte nakoming van uw verplichtingen te vorderen, dan wel de wekzaamheden voor uw rekening door een derde te laten uitvoeren ex § 46 UAV'12.

(...)”

BAM heeft geen gehoor gegeven aan de sommatie / de aanwijzing niet opgevolgd.

## 2.17.

Op verzoek van BAM heeft RPS advies- en ingenieursbureau bv (hierna: RPS) de scheurvorming nader onderzocht. BAM heeft RPS gevraagd een review uit te voeren op het ontwerp en de uitvoeringswijze. RPS heeft op 7 februari 2017 gerapporteerd. Ook Deltares heeft nader onderzoek gedaan naar de *“Invloed grondmodellering en bouwvolgorde op buigende momenten in de palen”* en heeft hierover op 24 april 2017 gerapporteerd. In een notitie van 11 mei 2017 heeft RPS gereageerd op het rapport van Deltares van 24 april 2017.

## 3. Het geschil

### 3.1.

De Provincie vordert na wijziging van eis en zakelijk weergegeven BAM te veroordelen om binnen twee kalenderweken na dit vonnis aan de Provincie een deugdelijk plan van aanpak te verstrekken waaruit volgt dat:

- *primair en subsidiair*: zij voor haar rekening de paalmatras uiterlijk op 1 juli 2017 ten genoegen van de Provincie zal hebben verbeterd door het plaatsen van een betonnen plaatconstructie op nieuwe palen boven *primair* de gehele bestaande paalmatras op de zuidelijke rijbaan, althans *subsidiair* de bestaande paalmatras ter hoogte van de aansluiting van de ontsluitingsweg De Wetering op de zuidelijke rijbaan, zodat de paalmatras alsnog voldoet aan alle eisen uit het bestek en de Standaard RAW en het Technische Programma van Eisen Vaste Kunstwerken d.d. 21 januari 2016 van de Provincie;
- *meer subsidiair*: zij voor haar rekening de paalmatras uiterlijk op 1 juli 2017 ten genoegen van de Provincie zal hebben verbeterd;
- *uiterst subsidiair*: dat zij de paalmatras uiterlijk op 1 juli 2017 ten genoegen van de Provincie zal hebben verbeterd; telkens op straffe van een dwangsom van € 3.000,= per dag dat BAM in gebreke blijft met de indiening van voormeld plan van aanpak en een dwangsom van € 10.000,= per dag dat BAM in gebreke blijft de deugdelijke verbeterde paalmatras op 1 juli 2017 op te leveren, met een maximum van € 1.000.000,= en met veroordeling van BAM in de kosten van de procedure, te vermeerderen met de wettelijke rente bij niet tijdige betaling en de nakosten,

### 3.2.

Daartoe voert de Provincie – samengevat – het volgende aan. BAM moest voor de realisatie van de paalmatras grond ontgraven en palen aanbrengen. De wijze van aanbrengen is, conform paragraaf 421130 van het Bestek, ter keuze van de aannemer. Vanwege de slappe ondergrond moest voorkomen worden dat aangebrachte palen zijdelings belast worden door maaiveldbelastingen en/of steile ontgravingen (pagina 10 van het ontwerprapport (bijlage 7 bij het bestek)). BAM heeft de

ongebruikelijke keuze gemaakt om eerst de palen aan te brengen en daarna de grond tussen de paalkoppen en het maaiveld weg te graven.

### 3.3.

Tussen partijen is niet in geschil dat de paalmatras gebreken vertoond. Vast staat dat van de 464 palen waarvan BAM metingen heeft verstrekt, er 148 gescheurd zijn, waarvan tenminste 86 ernstig. Ook staat vast dat van de drie palen die uitvoerig onderzocht zijn, er twee niet bruikbaar zijn. Verder ontbreekt een bruikbare akoestische meting van 177 palen, terwijl die op grond van paragraaf 842040 van het Bestek en paragraaf 41.13.07 Standaard RAW wel vereist is. Herstel van het gebrek wordt bemoeilijkt, doordat BAM – in strijd met paragraaf 41.15.02 van het Bestek – een matras aanbracht zonder dat de palen waren goedgekeurd. Het is niet mogelijk de palen alsnog op te meten, zonder de matras te demonteren. Gelet hierop is er onmiskenbaar sprake van onvoldoende werk in de zin van paragraaf 6 lid 7 UAV 2012 dat moet worden hersteld voordat het Werk kan worden voltooid. Herstel (verbetering of vernieuwing) betekent dat ofwel de paalmatras moet worden verwijderd ofwel een alternatieve hersteloplossing wordt toegepast. BAM weigert dit herstel, ondanks verzoeken daartoe, uit te voeren. De Provincie heeft daarom een aanwijzing gegeven als bedoeld in paragraaf 50 lid 1 UAV 2012 en paragraaf 6 lid 2 UAV 2012. Die aanwijzing hield in dat de Provincie BAM verzocht een betonnen plaatconstructie te plaatsen op nieuwe palen boven de bestaande paalmatras ter hoogte van de aansluiting op de ontsluitingsweg De Wetering op de zuidelijke rijbaan, een en ander zoals besproken op 26 september 2016. Op grond van die aanwijzing is BAM gehouden (hangende een impasse als deze) aanwijzingen van de opdrachtgever op te volgen, tenzij de rechtbank in spoedgeschil anders beslist. BAM weigert echter deze aanwijzing uit te voeren. Omdat Deltares op basis van het aanvullend onderzoek buiten elke twijfel stelt dat de schade aan de paalmatras enkel het gevolg is van aan BAM toerekenbare uitvoeringswerkzaamheden wenst de Provincie het herstel niet langer te beperken tot het deel waarover zij (op 26 september 2016) met BAM consensus had bereikt. De Provincie wil dat BAM wordt veroordeeld de gehele paalmatras te herstellen.

### 3.4.

De Provincie heeft reeds een spoedeisend belang bij haar vordering omdat BAM de aanwijzing niet opvolgt en ook geen kort geding aanhangig maakt. Daar komt bij dat het Werk nu lange tijd stil ligt en de oplevering verder zal uitlopen als BAM blijft weigeren de paalmatras te verbeteren of te vernieuwen. Verdere vertraging in de nakoming betekent een inbreuk op het recht van de Provincie dat BAM de aanwijzing opvolgt en leidt tot schade. De vertraging zal er toe leiden dat de ontsluiting van het bedrijventerrein nog langer niet te bereiken is. Inmiddels hebben zich op het bedrijventerrein bedrijven gevestigd die belang hebben bij een werkende ontsluiting.

### 3.5.

BAM voert gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

## 4. De beoordeling van het geschil

### Primaire verweren van BAM

#### 4.1.

BAM voert primair als verweer dat het de Provincie ontbreekt aan spoedeisend belang bij de gevraagde voorzieningen en dat de zaak zich niet leent voor een kort geding, omdat de feiten onvoldoende duidelijk zijn en de voorgelegde rechtsvraag te ingewikkeld is voor behandeling in kort geding. Deze primaire verweren worden gepasseerd. De voorzieningenrechter overweegt daartoe als volgt.

#### 4.2.

De omstandigheid dat het Werk al geruime tijd stilligt en dat eerst nu een ordemaatregel wordt gevorderd, brengt niet met zich mee dat het spoedeisend belang aan de vorderingen is komen te ontvallen. Dit geldt eens te meer, omdat in de afgelopen periode ook van de zijde van de Provincie is getracht in onderling overleg te komen tot een oplossing voor de ontstane situatie. Voorts heeft de Provincie voldoende aannemelijk gemaakt dat vanwege de ontwikkeling op bedrijventerrein De Wetering van belang is dat op korte termijn goede ontsluiting wordt gecreëerd. Dat het nieuwe deel van het bedrijventerrein ook langs een andere route bereikbaar is, maakt dat niet anders. Vaststaat dat die andere route minder rechtstreeks is en indien komt vast te staan dat BAM gehouden is tot de door de Provincie gevraagde herstelwerkzaamheden over te gaan, hoeft van de Provincie niet gevergd te worden dat zij nog langer wacht tot die herstelwerkzaamheden uitgevoerd worden en gedurende die tijd genoegen neemt met een minder geschikte ontsluiting van het nieuwe deel van het bedrijventerrein. Conclusie is derhalve dat het gestelde gebrek aan spoedeisend belang geen zelfstandige grond is voor niet-ontvankelijkheid van de Provincie of afwijzing van haar vorderingen.

#### 4.3.

Ook ten aanzien van de stelling dat de zaak te complex is voor beslechting in kort geding geldt dat dit geen zelfstandige

grond is voor niet-ontvankelijk verklaring van de Provincie of afwijzing van haar vorderingen. Uit de inhoudelijke overwegingen zal moeten blijken of de complexiteit van de zaak in de weg moet staan aan het treffen van een ordemaatregel.

## **Inhoudelijke beoordeling**

### **4.4.**

In paragraaf 6 lid 2 UAV 2012 is bepaald dat de aannemer verplicht is het werk uit te voeren volgens de door de directie te verstrekken en de door haar goed te keuren tekeningen. Hij is verplicht de orders en aanwijzingen op te volgen, die hem door de directie worden gegeven. In lid 7 van paragraaf 6 UAV 2012 staat dat onvoldoend werk binnen een door de directie in billijkheid te stellen termijn tot haar genoegen door de aannemer wordt verbeterd. Op grond van paragraaf 49 UAV 2012 worden geschillen niet voorgelegd aan de gewone rechter, maar aan de Raad van Arbitrage voor de Bouw. In artikel 01.01.99 van het Bestek is in afwijking hierop echter bepaald dat beslechting van de in paragraaf 49 van de UAV 2012 bedoelde geschillen plaats vindt *“bij de civiele rechter te ‘s-Gravenhage”*. Op grond van paragraaf 50, eerste lid, UAV 2012 is de aannemer gehouden, in afwachting van de totstandkoming van een uitspraak in het geschil, op vordering van de directie het werk volgens haar aanwijzingen voort te zetten, tenzij de Raad van Arbitrage in spoedgeschil anders beslist en onverminderd zijn rechten, die uit bedoelde uitspraak voor hem mochten voortvloeien.

### **4.5.**

Tussen partijen is niet in geschil dat sprake is van scheurvorming (en/of verplaatsing) in (van) de palen en dat dat het gevolg is van horizontale grondbelasting waarop de palen niet berekend waren. Tussen partijen is wel in geschil wie aansprakelijk is voor die scheurvorming en of de scheurvorming een gevolg is van – kort gezegd – een ontwerpfout van de Provincie of een uitvoeringsfout van BAM. Voorts is in geschil of BAM gehouden is op eigen kosten tot herstel over te gaan.

### **4.6.**

De voorzieningenrechter is allereerst van oordeel dat de vorderingen van de Provincie niet toewijsbaar zijn op de enkele grond dat de Provincie een aanwijzing heeft gegeven in de zin van paragraaf 6 lid 2 en paragraaf 50 lid 1 UAV 2012 en daartegen door BAM geen spoedgeding aanhangig is gemaakt. Nog daargelaten dat de primaire vordering na wijziging van eis niet langer overeenkomt met de verstrekte aanwijzing is in dit geval geen sprake van een aanwijzing in de zin van paragraaf 6 lid 2 en paragraaf 50 lid 1 UAV 2012. Dergelijke aanwijzingen hebben betrekking op de uitvoering van werkzaamheden op grond van hetgeen in een bestek is voorgeschreven. De Provincie heeft BAM een aanwijzing gegeven inhoudende dat wordt overgegaan tot herstel van de paalmatras op een wijze die in het Bestek niet is voorzien. Niet valt in te zien dat de bevoegdheid van een opdrachtgever als bedoeld in paragraaf 6 lid 2 UAV 2012 zo ver rijkt dat een opdrachtnemer verplicht kan worden op eigen kosten (herstel)werkzaamheden uit te voeren op een wijze die niet in het Bestek is voorzien, waarbij bovendien – zo staat tussen partijen vast – de verantwoordelijkheid voor het ontwerp van de herstelmaatregel – anders dan uitgangspunt is in de tussen partijen gesloten overeenkomst en de UAV 2012 – bij de aannemer wordt neergelegd.

### **4.7.**

Vorenstaande laat onverlet dat ingevolge paragraaf 6 lid 7 UAV 2012 onvoldoend werk binnen een door de directie in billijkheid te stellen termijn tot haar genoegen door de aannemer wordt verbeterd of vernieuwd, op kosten van de aannemer, tenzij het onvoldoend werk het gevolg is van een omstandigheid die voor rekening van de opdrachtgever komt. Ook deze bepaling kan echter niet leiden tot toewijzing van de vordering van de Provincie. De voorzieningenrechter overweegt hieromtrent als volgt.

### **4.8.**

Partijen nemen allebei volstrekt uiteenlopende standpunten in over de oorzaak van de scheurvorming in de palen. De Provincie stelt zich (op zichzelf terecht) op het standpunt dat zij het ontwerp heeft opgesteld en heeft voorgeschreven tot welk eindresultaat dat moet leiden en dat de wijze van uitvoering en de keuzes die daarin op grond van het Bestek moeten worden gemaakt aan BAM zijn. BAM moest onder meer beslissen hoeveel wapening in de palen van de paalmatras moest worden toegepast en de wijze waarop de palen zouden worden aangebracht (werkvolgorde). BAM is er daarbij uitdrukkelijk voor gewaarschuwd dat gewerkt moest worden in een slappe ondergrond. Niettemin heeft BAM gekozen voor een ongebruikelijke, risicovolle uitvoeringswijze (eerst palen in de grond heien, daarna pas de grond boven de palen ontgraven), die afwijkt van de uitvoeringswijze waar Crux van uitging in het ontwerprapport. Verder heeft BAM gekozen voor een ongebruikelijk laag wapeningspercentage van de palen van 0,17%, terwijl een percentage van 0,35% gebruikelijk is bij dit soort werken. Vervolgens heeft BAM de resultaten van de voorgeschreven akoestische metingen niet tijdig gedeeld met de directie en is zij, ondanks de wetenschap dat de paalmatras niet aan de eisen voldeed, doorgegaan met de uitvoering. Er is, aldus de Provincie onmiskenbaar sprake van onvoldoend werk, dat op grond van paragraaf 6 lid 7 UAV 2012 verbeterd of vernieuwd moet worden door de aannemer, ongeacht de oorzaak daarvan. Dit moet op kosten van BAM geschieden, nu



niet aan de orde is dat het onvoldoend Werk het gevolg is van een omstandigheid die voor rekening van de Provincie komt, aldus nog steeds de Provincie.

#### **4.9.**

BAM stelt zich op het standpunt dat geen sprake is van een uitvoeringsfout van haar, maar van een ontwerpfout van de Provincie. Zij heeft daarbij betwist dat op grond van het Bestek de werkvolgorde van eerst ontgraven en dan heien had moeten worden gehanteerd, alsmede dat de door haar gekozen werkvolgorde (in slappe grond) een ongebruikelijke keuze is. Verder volgt uit andere besteksposten dat de keuze van eerst heien en dan ontgraven de logische keuze is. Bovendien zou het ook strijdig zijn met het uitgangspunt dat de wijze van uitvoering ter keuze is aan de aannemer als eerst ontgraven zou moeten worden en daarna pas mocht worden geheid. Tot slot, als de wijze waarop de heipalen worden aangebracht van zwaarwegende invloed is op de krachten die als uitgangspunt zijn gehanteerd voor het ontwerp, dan had de wijze van aanbrengen van de palen in het bestek moeten worden omschreven, en niet in een bijlage daarbij. Voorts stelt BAM dat de oorzaak van de scheurvorming een fout is in het ontwerp. Volgens BAM is de stijfheid van het veen in het ontwerp te hoog ingeschat. Als de krachten waarop het ontwerp van de Provincie is gebaseerd kloppen, dan kunnen de extra horizontale krachten op de palen die zijn veroorzaakt doordat BAM heeft ontgraven nadat de palen waren geïnstalleerd niet hebben geleid tot de scheurvorming. Als de stijfheid van het veen juist was ingeschat, dan waren zwaardere palen toegepast en had de werkvolgorde van BAM geen scheurvorming kunnen veroorzaken tijdens de uitvoeringsfase, alles aldus BAM.

#### **4.10.**

De voorzieningenrechter acht zich onvoldoende voorgelicht om te kunnen oordelen over de vraag of de uitvoeringswijze van BAM (eerst heien en dan ontgraven) de oorzaak is van de scheurvorming, of dat die scheurvorming het gevolg is geweest van onjuiste uitgangspunten in het ontwerp ten aanzien van de veenstijfheid. Zoals gezegd, hebben partijen tegengestelde standpunten ingenomen. Deze standpunten hebben zij bovendien over en weer grondig onderbouwd met rapportages van deskundigen, die eveneens tegengestelde standpunten innemen. Bij deze stand van zaken kan de voorzieningenrechter niet vooruitlopen op het oordeel dat in een bodemprocedure naar verwachting gegeven zou worden. Daarvoor is nader (deskundigen)onderzoek vereist, waarvoor een kort geding zich echter niet leent.

#### **4.11.**

Nu binnen het bestek van dit kort geding niet is vast te stellen wat de oorzaak is van de gebreken in de paalmatras, zijn de vorderingen van de Provincie inhoudende dat de paalmatras op kosten van BAM moet worden hersteld niet toewijsbaar. Immers, nu voorshands niet kan worden uitgesloten dat het onvoldoend werk het gevolg is van een omstandigheid die voor rekening van de Provincie komt (verkeerde uitgangspunten ten aanzien van de veenstijfheid) is er naar het oordeel van de voorzieningenrechter ook geen grond om BAM te veroordelen op eigen kosten herstelwerkzaamheden uit te voeren. Dit geldt te meer in de omstandigheid dat de ontwerpverantwoordelijkheid van de herstelwerkzaamheden bij BAM wordt gelegd, terwijl geen duidelijkheid bestaat over de uitgangspunten die daarbij gehanteerd moeten worden. De uiterst subsidiaire vordering laat in het midden voor wiens kosten het herstel zou moeten worden uitgevoerd. Ook die vordering is niet toewijsbaar, nu zoals uit al het vooroverwogene blijkt, thans niet vaststaat op welke wijze dat herstel uitgevoerd zou moeten worden en het (onder die omstandigheden) niet opportuun is BAM te veroordelen over te gaan tot herstel op een verder door de Provincie niet geconcretiseerde manier.

### **Slotsom**

#### **4.12.**

Slotsom is dat de vorderingen van de Provincie zullen worden afgewezen. De Provincie zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding, te vermeerderen met de wettelijke rente bij niet tijdige betaling. Voor veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze nakosten een executoriale titel oplevert (vgl. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011/237).

## **5. De beslissing**

De voorzieningenrechter:

#### **5.1.**

wijst de vorderingen van de Provincie af;

#### **5.2.**

veroordeelt de Provincie om binnen veertien dagen nadat dit vonnis is uitgesproken de kosten van dit geding aan BAM te betalen, tot dusverre aan de zijde van BAM begroot op € 1.434,--, waarvan € 816,-- aan salaris advocaat en € 618,-- aan griffierecht;

**5.3.**

bepaalt dat de Provincie bij gebreke van tijdige betaling de wettelijke rente over de proceskosten verschuldigd is;

**5.4.**

verklaart dit vonnis deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.