

Bestuursdienst
Afdeling ROEZ/PM
Steller G. Lieffering
Onderwerp Uitspraak arbitrage Damsterdiep parkeergarage



Bezoekadres
Waagstraat 1

Postadres
Postbus 20001
9700 PB Groningen

In uw antwoord
graag datum en
kenmerk vermelden

Wij zijn met het
openbaar vervoer
bereikbaar,
buslijnen
1, 2, 3, 5, 6, 11, 13, 16

Informatie over
vertrektijden krijgt u
via telefoon 0900-92 92

De leden van de raad van de gemeente Groningen
te
GRONINGEN

Telefoon (050) 367 8111

Bijlage(n) 1

Ons kenmerk RO 12.3107708

Datum **31 MEI 2012**

Uw brief van -

Uw kenmerk -

Geachte heer, mevrouw,

De Raad van Arbitrage heeft uitspraak gedaan over het door ons ingestelde beroep in het geschil over de vertragingskosten van de parkeergarage Damsterdiep. In de vergadering van de Raadscommissie Beheer en Verkeer van 16 mei jl. hebben wij u toegezegd u dit vonnis toe zenden. U treft de uitspraak aan als bijlage bij deze brief. Na onze analyse van deze uitspraak zullen wij u informeren over de vervolgstappen.

Met vriendelijke groet,
burgemeester en wethouders van Groningen,

de burgemeester,
dr. J.P. (Peter) Rehwinkel

de secretaris,
drs. M.A. (Maarten) Ruys

Nr. 71.685

SCHEIDSRECHTERLIJK VONNIS

ter zake van een geschil in hoger beroep tussen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE GRONINGEN,

zetelend te Groningen,

hierna te noemen "opdrachtgeefster",

a p p e l l a n t e in principaal appel,

g e ï n t i m e e r d e in incidenteel appel,

gemachtigden: mrs. M.A.P.H. Randag en M. Dijsselhof,
beiden advocaat te Groningen,

en

1. de besloten vennootschap

STRUKTON CIVIEL PROJECTEN B.V.,

h.o.d.n. Strukton Betonbouw B.V.,

2. de besloten vennootschap

STRUKTON BOUW- EN VASTGOED B.V.,

beide gevestigd te Maarssen,

hierna gezamenlijk te noemen "aanneemster",

g e ï n t i m e e r d e n in principaal appel,

a p p e l l a n t e s in incidenteel appel,

gemachtigde: mevrouw mr. A.M. Klunne, advocaat te
Rotterdam.

HET SCHEIDSGERECHT

1. De ondergetekenden, **MR. E.J. VAN SANDICK**, wonende te Aerdenhout, lid-jurist van het College van Arbiters van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, **IR. K.A.J. VAN DUN**, wonende te Wijchen, en **JHR. IR. C.J.A. REIGERSMAN**, wonende te 's-Gravenhage, beiden lid-deskundige van dit College, zijn door de voorzitter van deze Raad overeenkomstig de statuten van de Raad benoemd tot scheidslieden in dit geschil in hoger beroep. De ondergetekenden hebben hun benoeming schriftelijk aanvaard. Bij brief d.d. 9 januari 2012 is daarvan mededeling gedaan aan partijen. Overeenkomstig de statuten van de Raad is aan het scheidsgerecht toegevoegd mr. Y.R.R.R. de Mul, secretaris van de Raad.

HET VERLOOP VAN DE PROCEDURE

2. Bij memorie van grieven d.d. 4 juli 2011, met producties G1 tot en met G8 ingekomen bij het secretariaat van de Raad op 5 juli 2011, is opdrachtgeefster in hoger beroep gekomen van het scheidsrechterlijk vonnis d.d. 6 april

2011, nummer 31.356, gewezen door ir. M.A.M. Beljaars, ir. W.M. Faas en ing. J.H. Spaans, allen lid van het College van Arbiters van de Raad, in het geschil tussen aanneemster en opdrachtgeefster. Opdrachtgeefster heeft het procesdossier van het geschil in eerste aanleg overgelegd, deels bij brief van 19 augustus 2011.

3. Voor de loop van het geding wordt verder verwezen naar de volgende stukken:

- de memorie van antwoord in principaal appel, tevens memorie van grieven in (deels voorwaardelijk) incidenteel appel, met producties A1 tot en met A10;
- de memorie van antwoord in (deels voorwaardelijk) incidenteel appel;
- de brief van mr. Klunne d.d. 4 april 2012 met de daarin genoemde productie MB1;
- de brief van mr. Randag d.d. 5 april 2012 met de daarin genoemde producties G9 tot en met G11;
- de pleitnotities van mr. Randag;
- de pleitnotities van mr. Klunne.

Mr. Klunne maakte bezwaar tegen de door mr. Randag bij brief van 5 april 2012 overgelegde stukken. Dit bezwaar is door het scheidsgerecht gepasseerd, nu aanneemster zich ter zitting goed tegen die stukken bleek te kunnen verweren. Mr. Randag heeft ook bij brief van 12 april 2012 nog stukken overgelegd, maar die stukken heeft hij ter zitting weer ingetrokken gezien het bezwaar daartegen van aanneemster.

4. De mondelinge behandeling van het onderhavige geschil heeft plaatsgevonden op dinsdag 17 april 2012 in een vergaderzaal ten kantore van de Raad te Utrecht, waarbij behalve de ondergetekenden en de secretaris de volgende personen aanwezig waren:

- aan de zijde van opdrachtgeefster: mr. Randag en mr. Dijsselhof, beiden voornoemd, dr. ir. H.D. Netzel, adviseur/directeur bij Crux Engineering b.v., wonende te Haarlem, ing. A.J.H.M. van Boheemen, projectleider bij opdrachtgeefster, wonende te Groningen, ing. D. Kriele, algemeen directeur van Wiertsema & Partners, wonende te Uitwellingerga, ing. J.P.P.M. Peels, adviseur bij Wiertsema & Partners, wonende te Eelde, ing. G. van Oost, adviseur/directeur bij Ingenieursbureau Wassenaar b.v., wonende te Haren, H.J. de Noord BSEng, constructeur bij opdrachtgeefster, wonende te

Leek, en ing. J. Visser, hoofd van het ingenieursbureau van opdrachtgeefster, wonende te Eelderwolde;

- aan de zijde van aanneemster: mr. Klunne voornoemd, ing. D. Poel, projectleider bij aanneemster, wonende te Vries, mr. ing. E. de Jong, contractmanager bij aanneemster, wonende te Almkerk, prof. ir. A.F. van Tol, lid wetenschapsraad Deltares, wonende te Delft, ir. A. Verweij, geotechnisch adviseur bij Deltares, wonende te Delft, ing. A.W.M. Siemes, directievoorzitter van Reef Infra/projectdirecteur van aanneemster, wonende te Winterswijk, en ing. H.J.M. Verbaten, hoofd afdeling contractmanagement bij aanneemster, wonende te Fijnaart.

DE GRONDEN VAN DE BESLISSING

de bevoegdheid en de ontvankelijkheid

5. De bevoegdheid van de ondergetekenden tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheiderechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast en berust op hetgeen daaromtrent in het vonnis in eerste aanleg is overwogen en beslist, waartegen geen grieven zijn gericht.
6. De memorie van grieven in principaal appel is binnen drie maanden na datum van het beroepen vonnis ingekomen bij het secretariaat van de Raad. Het incidenteel appel is ingesteld bij memorie van antwoord. Partijen zijn derhalve in zoverre ontvankelijk in hun appel.

het geschil in eerste aanleg

7. Tussen partijen is een geschil ontstaan naar aanleiding van de tussen partijen gesloten overeenkomst met betrekking tot de uitvoering van de nieuwbouw van de parkeergarage Damsterdiep en de ruwbouw van het kantoorgebouw Nijestee te Groningen voor een aanneemsom van € 27.974.000,00 exclusief btw. Na het inbrengen van circa 400 Terrason palen is gebleken dat belendende percelen gingen verzakken en de damwand was verplaatst. Daarop heeft de CAR-verzekering de dekking voor het werk beëindigd en heeft opdrachtgeefster het werk stilgelegd, teneinde oorzaak en aansprakelijkheid te onderzoeken. Aanneemster en opdrachtgeefster houden elkaar aansprakelijk voor de oorzaak en de schadelijke gevolgen.

8. Arbiters in eerste aanleg hebben zich voorshands beperkt tot de hoofdlijnen van het geschil alvorens de omvang van de vorderingen te beoordelen. Het dictum van het in dat geschil gewezen gedeeltelijk eind-, gedeeltelijk tussen-vonnis waarvan beroep luidt:

Arbiters, rechtdoende als goede mannen naar billijkheid, verklaren voor recht dat opdrachtgeefster verantwoordelijk is voor de invloed van de bodemgesteldheid op de voorgeschreven schroefinjectiepaal meer in het bijzonder voor wat betreft trek- en draagvermogen;
verklaren voor recht dat opdrachtgeefster verantwoordelijk is voor (i) de nadelige gevolgen voor de bovenmatige ontspanning van de ondergrond op het ontwerp, (ii) de schade die is opgetreden aan de belendingen, alsmede de extra kosten en vertraging die hierdoor is ontstaan/nog zal ontstaan, daaronder ook begrepen de kosten als gevolg van de doorgevoerde ontwerpwijzigingen, meer in het bijzonder de kosten van het mobiel stempelraam en het bijslaan van extra palen;
verklaren voor recht dat opdrachtgeefster aansprakelijk is voor de (vertraging)schade c.q. redelijke extra kosten die voor aannemster zijn ontstaan als gevolg van de stillegging van het werk door CAR-assuradeuren (periode 1), in de periode na stillegging van het werk door CAR-assuradeuren/opdrachtgeefster tot het moment waarop opdrachtgeefster de directieaanwijzing op 16 september 2008 gaf (periode 2), te vermeerderen met één week;
verklaren dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
wijzen de vordering in reconventie van opdrachtgeefster om aannemster te veroordelen tot betaling van € 264.181,13 (tweehonderdvierenzestigduizend eenhonderdeenentachtig euro en dertien cent) te vermeerderen met BTW en rente af;
stellen hoger beroep tegen dit vonnis open;
houden alle overige beslissingen aan.

de vordering en het verweer in het principaal hoger beroep

9. Opdrachtgeefster is voornamelijk van mening dat de ontspanning van de bodem, waardoor de verzakking heeft kunnen plaatsvinden, is ontstaan door een uitvoeringsfout van aannemster, althans haar onderaannemer, bij het inbrengen van de schroefcombinatiepaal en zij meent dat zij dat afdoende heeft bewezen in tegenstelling tot hetgeen arbiters in eerste aanleg daarover hebben geoordeeld. Zij ontwikkelt veertien grieven tegen het beroepen vonnis en concludeert in hoger beroep:

tot vernietiging van het vonnis door arbiters in eerste instantie op 6 april 2011 gewezen, het opnieuw recht doen, met terugverwijzing van de zaak naar arbiters in eerste instantie voor de verdere afdoening van de zaak met inachtneming van de beslissing in hoger beroep, een en ander met veroordeling van aannemster in de kosten van beide instanties.

10. Aanneemster meent dat opdrachtgeefster geenszins heeft aangetoond dat aanneemster uitvoeringsfouten heeft gemaakt waardoor de ontspanning van de bodem kon optreden. Integendeel is aanneemster van mening dat de bodem op dezelfde wijze ontspanning vertoonde toen zij de schroefcombinatiepalen inbracht precies overeenkomstig de aanwijzingen van opdrachtgeefster en met diens voortdurend toezicht. Aanneemster concludeert voor antwoord in principaal appel:

tot bekrachtiging van het tussen partijen op 6 april 2011 gewezen arbitrale vonnis met nummer 31.356, zo nodig met verbetering van gronden en opdrachtgeefster in het principale appel niet-ontvankelijk te verklaren dan wel haar haar vordering te ontzeggen met veroordeling van opdrachtgeefster in de kosten van beide instanties, waaronder begrepen de van de zijde van aanneemster gemaakte kosten van juridische bijstand en de kosten van technische bijstand (Deltares), vermeerderd met de wettelijke rente met ingang van twee weken na dagtekening vonnis.

de vordering en het verweer in het deels voorwaardelijk incidenteel appel

11. Aanneemster meent dat arbiters in eerste instantie ten onrechte haar slechts verdragingschade hebben toegewezen tot één week na 16 september 2008 en wenst dat verlengd te zien tot 13 oktober 2008. Daarnaast appelleert aanneemster voorwaardelijk, voor het geval in hoger beroep mocht blijken dat de ontspanning van de ondergrond wel te wijten is aan een uitvoeringsfout van aanneemster, tegen het oordeel dat er geen sprake is van een voorgeschreven onderaannemer. In incidenteel appel ontwikkelt aanneemster twee grieven tegen het vonnis en concludeert zij:

onvoorwaardelijk het vonnis d.d. 6 april 2011 te vernietigen op het beroepen punt en, opnieuw rechtdoende, de vordering van aanneemster alsnog volledig toe te wijzen door te verklaren van recht dat opdrachtgeefster aansprakelijk is voor de (verdragings)schade dan wel de redelijke extra kosten die voor aanneemster zijn ontstaan in de periode na stillegging van het werk door CAR-assuradeuren/opdrachtgeefster tot 13 oktober 2008; voorwaardelijk het vonnis d.d. 6 april 2011 tevens te vernietigen op de zijdens aanneemster aangevoerde grond dat een eventuele uitvoeringsfout te wijten is aan een fout van de door opdrachtgeefster zelf voorgeschreven leverancier/onderaannemer en te verklaren van recht dat opdrachtgeefster aansprakelijk is voor de door aanneemster geleden schade en gemaakte kosten ten gevolge van deze eventuele uitvoeringsfout van de door opdrachtgeefster voorgeschreven leverancier/onderaannemer; en onvoorwaardelijk en voorwaardelijk opdrachtgeefster te veroordelen in de kosten van beide instanties, waaronder begrepen de van de zijde van aanneemster gemaakte kosten van juridische bijstand, vermeerderd met de wettelijke rente met ingang van twee weken na dagtekening vonnis.

12. Opdrachtgeefster voert tegen beide grieven gemotiveerd verweer en concludeert voor antwoord in het incidenteel appel:

om zowel de onvoorwaardelijk als de voorwaardelijk ingestelde incidentele grief ongegrond te verklaren met veroordeling van aanneemster in de kosten van beide instanties waaronder begrepen de van de zijde van opdrachtgeefster gemaakte kosten van juridische bijstand vermeerderd met de wettelijke rente met ingang van twee weken na dagtekening vonnis.

de feiten

13. Door partijen zijn geen grieven gericht tegen de in eerste aanleg als tussen hen vaststaand aangemerkte feiten, met uitzondering van het begrip "schroefinjectiepalen", waarvan tussen partijen vaststaat dat het gaat om "schroefcombinatiepalen", zodat die feiten voor het overige ook appellarbiters in hoger beroep tot uitgangspunt dienen. Dat betekent dat appellarbiters ervan uitgaan dat tussen partijen vaststaat:

- a. Opdrachtgeefster heeft op 8 mei 2007 aan aanneemster het werk gegund betreffende de realisatie van de nieuwbouw van de parkeergarage Damsterdiep en de ruwbouw van het kantoorgebouw Nijestee te Groningen, tegen een aanneemsom van € 27.974.000,00 exclusief BTW.*
- b. Er is sprake van een traditioneel bestek, met een ontwerp van de zijde van opdrachtgeefster en uitvoering daarvan door aanneemster. Op het werk zijn van toepassing de STABU Standaard 2001 bepalingen en de UAV 1989.*
- c. In opdracht van opdrachtgeefster is een Bouwput- en funderingsadvies d.d. 14 maart 2007 uitgebracht door Wiertsema, behorend bij het bestek.*
- d. Met behulp van damwanden is een bouwput tot stand gebracht. Het totale funderingswerk van het project betreft circa 1.500 palen en is verdeeld in fase/compartiment 1 (werkgebied 1), fase/compartiment 2 (werkgebied 2 tot en met 6) en fase/compartiment 3 (werkgebied 7 en 8). Aangebracht zijn schroefcombinatiepalen van het fabricaat Terrason en, in afwijking van het oorspronkelijke bestek, plaatselijk twee rijen van 45 grondverdringende palen (Terr-Econbuispaal) aan de noordzijde langs de damwand (compartimenten 2 en 3).*
- e. Na de realisatie van circa 400 Terrasonpalen in werkgebied 1 en 2 is eind februari 2008 aan enkele in de nabijheid van de bouwput gelegen panden onvoorziene verzakking (zettingstoename) geconstateerd.*
- f. Op grond daarvan zijn de werkzaamheden, op last van de CAR-verzekeraar, op 4 maart 2008 stilgelegd.*
- g. Vast is komen te staan dat sprake is geweest van bovenmatige grondontspanning als gevolg van de boorwerkzaamheden in de bouwput.*
- h. Na overleg tussen partijen, het uitvoeren van een palenproef en het geven van een directieaanwijzing conform paragraaf 5, lid 2 UAV 1989, zijn de werkzaamheden hervat op 13 oktober 2008 met het aanbrengen van extra palen in compartiment 1 en het realiseren van de overeengekomen palen in compartiment 2. Aanneemster heeft op 1 december 2008 het werk weer onderbroken in afwachting van de door haar verlangde opgave van te hanteren draaimomenten en pulldownkrachten voor de overige werkgebieden. Op*

10 december 2008 is een definitieve directieaanwijzing gegeven. De paalfunderingswerkzaamheden zijn begin juli 2009 afgerond.

14. Daarnaast is ter zitting in hoger beroep nog tussen partijen komen vast te staan dat het Terrasonpaalsysteem op zich een functioneel geschikt systeem is.

de beoordeling van het geschil

in principaal appel:

Grief 1

Ten onrechte stellen arbiters in eerste aanleg in overweging 17 van hun vonnis vast dat gebruik gemaakt is van een schroefinjectiepaal.

15. Arbiters in eerste aanleg hebben in overweging 17 van hun vonnis overwogen dat Terrasonpalen en TEBI-palen beide voorbeelden zijn van schroefinjectiepalen. Opdrachtgeefster stelt in haar grief dat de Terrasonpaal geen schroefinjectiepaal is, maar een schroefcombinatiepaal. Aanneemster beaamt zulks bij haar memorie van antwoord. Nu dit tussen partijen vaststaat, slaagt de grief en dient het vonnis in zoverre te worden gecorrigeerd. Dit leidt echter niet tot de vernietiging van het vonnis.

Grief 2

Ten onrechte overwogen arbiters in eerste aanleg in overweging 27 van hun vonnis dat opdrachtgeefster niet heeft aangetoond dat sprake is van uitvoeringsfouten; meer in het bijzonder dat aanneemster bij het vervaardigen van de eerste 400 palen te lage boormomenten en pulldownkrachten heeft gebruikt.

16. Opdrachtgeefster stelt in de eerste plaats dat op haar niet de bewijslast rust dat aanneemster een uitvoeringsfout heeft gemaakt, omdat het werk nog niet was opgeleverd. Deze stelling gaat uit van de algemene regel dat het werk tot aan de oplevering voor rekening en risico van aanneemster is, zoals die is neergelegd in paragraaf 6 lid 4 UAV 1989. Appelarbiters zijn echter van oordeel dat hier sprake is van toepasselijkheid van paragraaf 5 lid 2 UAV 1989: opdrachtgeefster draagt de verantwoordelijkheid voor de door haar voorgeschreven constructies en werkwijzen, daaronder begrepen de invloed die daarop door de bodemgesteldheid wordt uitgeoefend. Nu was voorgeschreven om in de grond gevormde, trillingvrij aangebrachte palen met geprefabriceerde betonkern aan te brengen (bestek 20.32.19a.0) alsmede op een desbetreffende vraag in de eerste nota van inlichtingen was aangegeven dat het gebruik van Terrasonpalen in ieder geval zou voldoen aan de bestekomschrij-

ving, terwijl tussen partijen vast staat dat juist het aanbrengen van deze palen tot de overmatige ontspanning van de bodem heeft geleid, zijn appellarbiter van oordeel dat in beginsel de verantwoordelijkheid voor deze voorgeschreven werkwijze bij opdrachtgeefster ligt, tenzij opdrachtgeefster bewijst dat sprake is van schuld van aannemster voor de gevolgen van de door opdrachtgeefster voorgeschreven werkwijze. Daaraan doet niet af dat artikel 20.00.40.91 van het bestek bepaalt dat aannemster verantwoordelijk is voor het systeem en de werkwijze van de in de grond aan te brengen palen. Dat heeft betrekking op de manier waarop aannemster de voorgeschreven constructie en werkwijze concreet uitvoert. Dat daarbij iets mis zou zijn gegaan, dient opdrachtgeefster aan te tonen, nu zij zich op de rechtsgevolgen daarvan beroept.

17. Vervolgens beroept opdrachtgeefster zich erop dat zij dat bewijs onmogelijk kan leveren, omdat aannemster haar niet de gegevens met betrekking tot de boorparameters heeft aangeleverd. Aannemster heeft zich daartegen verweerd stellende dat opdrachtgeefster die gegevens nooit eerder heeft opgevraagd dan bij grieven en zij levert vervolgens bij memorie van antwoord in hoger beroep de boorparameters voor de bedoelde 400 palen aan. Daarop heeft opdrachtgeefster deze bestudeerd en is tot de conclusie gekomen dat daaruit blijkt dat de pulldownkrachten een afwijkend onregelmatig beeld geven. Voorts stelt opdrachtgeefster dat uit haar sonderingen bij de palenproef is gebleken dat het inbrengen van de schroefbuis met duidelijk verhoogde boorparameters tot een aanzienlijke vermindering van ontspanning van de grond leidt. Nu het instellen van de boorparameters de verantwoordelijkheid van aannemster was, is daarmee volgens opdrachtgeefster het bewijs geleverd dat aannemster aansprakelijk is voor de overmatige ontspanning van de bodem.
18. Met betrekking tot de onregelmatige pulldownkrachten geeft aannemster aan dat deze veroorzaakt wordt door de onregelmatige grondopbouw: daar waar de grond losgepakt is, dient een grotere pulldownkracht te worden toegepast, terwijl bij zware grond de boor, als die eenmaal in die grondlaag is doorgedrongen, zichzelf naar beneden trekt en dus geen grote extra kracht behoeft. Daarbij komt dat uit dezelfde grafieken is te zien dat het boormoment over het algemeen constant blijft, zodat volgens aannemster geconcludeerd moet

worden dat de boormeesters op de juiste wijze kundig hebben gereageerd op de signalen van de boormachine. Nu voorts het volledige tijdschema van het boren niet voorhanden is, zodat niet kan worden vastgesteld of een schroefbuis op bepaalde dieptes te langzaam naar beneden voortbewoog, waardoor schrapen van grond kan optreden, valt niet te bewijzen dat de schroefbuizen grond geschraapt hebben.

19. De sonderingen van opdrachtgeefster acht aannemster onbetrouwbaar: de uitgangssondering is gedaan in de buurt van grond die al geroerd was door het eerder inbrengen van een schroefbuis of van andere apparatuur, zodat geen sondering van maagdelijke grond is gebruikt. In dat geval wordt geen betrouwbaar beeld verkregen van de mate van roeren van de bodem door de schroefbuis, zodat ook niet kan worden vastgesteld of die mate bij gebruik van lichtere of zwaardere boorparameters toeneemt. Die toename of afname berust alsdan op toeval. Overigens heeft aannemster over het gehele terrein en niet alleen op het gebied waar het in dit geschil om gaat, meerdere of mindere ontspanning van de bodem geconstateerd ten opzichte van de sonderingen voorafgaand aan de werkzaamheden, derhalve in de maagdelijke grond. Het op aanwijzing van de directie aanpassen van de boorparameters heeft derhalve geen aanwijsbare invloed gehad op de gesteldheid van de bodem. Aannemster concludeert dat de bodem op dit terrein gewoon overgevoelig is gebleken, hetgeen vooraf bij de sonderingen van opdrachtgeefster niet is vastgesteld. Waar derhalve het gebruikte systeem in het algemeen deugdelijk genoemd moet worden in een situatie als de onderhavige, kan het zijn dat juist in dit specifieke terrein beter voor een volledig grond verdringende paal had kunnen worden gekozen in plaats van de onderhavige semi grond verdringende paal.
20. Appellarbiters zijn van oordeel dat opdrachtgeefster weliswaar aannemelijk heeft gemaakt dat de werkwijze van aannemster niet steeds even zorgvuldig is geweest, maar dat niet is komen vast te staan dat door die minder zorgvuldige werkwijze de overmatige ontspanning van de bodem is opgetreden. In elk geval is niet komen vast te staan dat die ontspanning niet ook zou zijn opgetreden als aannemster wel geheel volgens de regels van de kunst de boorparameters zou hebben bewaakt en ingesteld. Opdrachtgeefster heeft nog gesteld dat zij de boorparameters, toen zij die via directieaanwijzingen

diende voor te schrijven, niet even laag heeft voorgeschreven als aanvankelijk bij de eerste 400 palen het geval was, omdat zij rekening diende te houden met de specificaties van de verschillende door aannemster gebruikte boorblokken. Opdrachtgeefster heeft deze stelling echter op geen enkele wijze verder onderbouwd, zodat appellarbiters daaraan voorbijgaan. Derhalve heeft opdrachtgeefster niet aangetoond dat aannemster aansprakelijk is voor de overmatige ontspanning van de bodem door het inbrengen van de schroefbuisen.

Grief 3

Ten onrechte overwegen arbiters in eerste aanleg in overweging 30 van hun vonnis dat op 10 december 2008 een definitieve directieaanwijzing gegeven is met lagere waarden dan de waarden ontleend aan de palenproef. De keuze van toepassing van de op de palenproef gebaseerde hogere waarden was daarmee verlaten.

21. Aannemster merkt terecht op dat de verwijzing naar overweging 30 van het bestreden vonnis kennelijk abuis is en overweging 29 dient te luiden. Feitelijk is de overweging van arbiters in eerste aanleg juist: op 10 december 2008 is daadwerkelijk voor het laatst en daarmee definitief een aanwijzing gegeven met lagere waarden dan ontleend aan de palenproef. Daarmee waren de hogere waarden, die waren gevolgd uit de palenproef, feitelijk verlaten. Opdrachtgeefster stelt dat die wijziging werd ingegeven door de afwijkende specificaties van de boormachine.
22. Aannemster geeft voorts onweersproken aan dat alle door haar gebruikte boorkasten een capaciteit hadden van 400 kNm en dat de boorstelling voor het overige er niet zo toe doet. Voor het overige hebben appellarbiters onder grief 2 al overwogen dat opdrachtgeefster haar stelling niet verder heeft onderbouwd. Met name heeft opdrachtgeefster niet aangegeven in hoeverre specificaties van een boorstelling of boorkast haar dwingend aanleiding gaven tot het verlagen van boorparameters. Feit is dat bij het inbrengen van de eerste paal na de palenproef met hogere boorparameters op aanwijzing van de directie de boor vast liep en derhalve overgegaan diende te worden op andere parameters. Verdere ervaring is niet meer opgedaan met de hogere parameters. Voorts is bij de vorige grief overwogen dat niet is bewezen dat hogere parameters zouden leiden tot minder ontspanning van de bodem. Daarmee staat vast dat de grief feitelijke grondslag ontbeert en derhalve faalt.

Grief 4

Ten onrechte overwegen arbiters in eerste aanleg in dezelfde overweging 30 (lees: 29) dat bij toepassing van de op 10 december 2008 gegeven aanwijzingen de zettingsproblemen, zoals opgetreden bij de eerste 400 palen, zich niet opnieuw hebben voorgedaan.

Grief 5

Ten onrechte overwegen arbiters in eerste aanleg, alweer in overweging 30 (lees: 29) dat in de op basis van de aanwijzing van 10 december 2008 toegepaste boormomenten en pulldownkrachten kennelijk dus geen schadeoorzaak gelegen is.

23. Opdrachtgeefster stelt dat op zichzelf de waarneming van arbiters in eerste aanleg niet onjuist is, maar dat daaraan geen conclusies mogen worden verbonden. Opdrachtgeefster beperkt zich daarbij tot het gebied aan de noordzijde van het terrein, waar een andere, volledig grond verdringende paal is toegepast. Voor de overige gebieden heeft aanneemster aangegeven dat de semi grond verdringende paal ook daar wel degelijk tot ontspanning van de bodem heeft geleid, zij het zonder schadelijke consequenties bij gebreke van belendende percelen.
24. Arbiters in eerste aanleg hechten mede aan deze waarneming de conclusie dat de toegepaste boormomenten en pulldownkrachten kennelijk niet de oorzaak zijn geweest van de bovenmatige ontspanning van de bodem. Appellarbiters hebben onder grief 2 overwogen dat zulks in ieder geval niet bewezen kan worden geacht door opdrachtgeefster, zodat opdrachtgeefster belang mist bij de grieven die derhalve falen.

Grief 6

Ten onrechte overwegen arbiters in eerste aanleg in overweging 31 (lees: 30) van hun vonnis dat niet is komen vast te staan dat de proeven met de palen F2-526 en F2-527 hebben aangetoond dat met hogere boormomenten en pulldownkrachten feitelijk minder grondontspanning optrad. Wiertsema en Deltares nemen daar tegenstrijdige standpunten over in, zonder dat arbiters in eerste aanleg reden zien een van beide standpunten te volgen.

25. Onder grief 2 is reeds overwogen dat de sonderingen van opdrachtgeefster onbetrouwbaar zijn gebleken, omdat de uitgangssondering niet in maagdelijke grond is gedaan. Daarmee komt aan het standpunt van opdrachtgeefster/Wiertsema dat uit die sondering zou blijken dat hogere boorparameters een gunstige uitwerking zouden hebben op de ondergrond, de feitelijke grondslag te ontbreken. Aanneemster hoefde niet het tegendeel te bewijzen,

zodat arbiters in eerste aanleg geen standpunt hoefden in te nemen ten aanzien van het aangedragen bewijs door Deltares. Derhalve is de overweging van arbiters in eerste aanleg juist en faalt de grief.

Grief 7

Ten onrechte overwogen arbiters in eerste aanleg in overweging 32 (lees: 31) van hun vonnis dat de uitgekomen grond in alle situaties op het werk, ook in de later uitgevoerde compartimenten aan de hoge kant geweest is en zijn zij van oordeel dat deze binnen de gebruikelijke marges bleef. Derhalve is daarin geen aanwijzing te vinden voor de bovenmatige bodemontspanning in het eerste deel van het werk.

26. Opdrachtgeefster stelt dat geen registratie is bijgehouden van de hoeveelheid uitgekomen grond in het eerste deel van het werk, zodat daarop geen conclusies kunnen worden gebaseerd. Voor zover deze stelling juist is leidt die niet tot een ander oordeel in het vonnis: ook als er helemaal geen registratie van hoeveelheden grond in het eerste compartiment zou zijn gedaan, kan dat niet tot de conclusie leiden dat sprake is van uitvoeringsfouten van aanneemster, omdat die uitvoeringsfouten alsdan niet zijn bewezen.
27. Aanneemster verwijst naar registraties van uitgekomen grond bij vier proefpalen en baseert daarop haar conclusie, zoals arbiters in eerste aanleg dat ook hebben gedaan. Enerzijds is het de vraag of uit die registratie van vier palen een conclusie mag worden getrokken voor (meer dan) 400 palen. Anderzijds heeft de deskundige van opdrachtgeefster, Wiertsema, overigens zelf ook aangegeven dat zij geen verband zag tussen de hoeveelheden uitkomende grond en de opgetreden bodemontspanning. Derhalve hoefden arbiters in eerste aanleg dat verband ook niet te vinden en is de overweging van arbiters in eerste aanleg juist, zodat ook op die grond de grief faalt.

Grief 8

Ten onrechte overwogen arbiters in eerste aanleg in overweging 36 (lees: 35) van hun vonnis dat het niet aan aanneemster is om te bewijzen dat de bovenmatige bodemontspanning zijn oorsprong niet vindt in autonome gedragingen van de grond.

28. Deze grief is gebaseerd op de stelling van opdrachtgeefster dat het aan aanneemster is te bewijzen dat zij niet aansprakelijk is voor de bovenmatige ontspanning van de bodem. Appellarbiters hebben hiervoor onder grief 2 reeds overwogen dat deze stelling onjuist is, zodat de grief grondslag mist en faalt.

Grief 9

Ten onrechte overwegen arbiters in eerste aanleg in overweging 37 (lees: 36) van hun vonnis dat vast is komen te staan dat de mate van wijken van de damwanden niet is gemonitord door opdrachtgeefster hoewel dit wel tot haar contractuele verplichtingen behoorde.

Grief 10

Ten onrechte overwegen arbiters in eerste aanleg eveneens in overweging 37 (lees: 36) van hun vonnis dat voldoende aannemelijk is dat bij deugdelijke monitoring van de damwanden de gevolgen van de grondontspanning in de bouwput veel eerder zouden zijn opgemerkt en de boorwerkzaamheden zouden zijn stilgelegd, zodat de verzakingschade niet zou zijn opgetreden dan wel beperkt gebleven zou zijn.

29. Opdrachtgeefster merkt op dat dit monitoren van de damwand geen contractuele verplichting jegens aanneemster was, doch uitsluitend jegens de CAR-verzekeraar. Bovendien meent opdrachtgeefster dat zij de damwanden niet hoefde te monitoren omdat de Terrason-palen tot 80 cm uit de gevel konden worden aangebracht zonder schade te berokkenen. Aanneemster stelt dat het er niet toe doet of het om een contractuele verplichting jegens haar gaat, maar dat bij gebreke van de bedoelde monitoring het bewijs van de verplaatsing van de damwand ontbreekt.

30. Ter zitting heeft aanneemster haar verweer nog aangevuld door te stellen dat de palen eindigden op 5 m onder maaiveld en voor het overige werden aangevuld met uitkomende grond. Die grond is vanzelfsprekend niet zo hard als de paal met omringende grout, zodat die aanvulling heel goed een oorzaak kan zijn geweest voor de opgetreden ontspanning en verplaatsing van de damwand. De stelling van opdrachtgeefster dat zij die damwand niet hoefde te monitoren omdat de palen tot 80 cm uit de gevel konden worden gevormd, kan haar naar het oordeel van appelarbiters niet baten. De palen werden immers gevormd op een soortgelijke afstand van de damwand, zodat alsdan monitoring wel geïndiceerd kan zijn. Nu echter geen sprake was van een semi grond verdringende paal tot aan het maaiveld maar tot 5 m onder maaiveld, diende opdrachtgeefster wel degelijk de damwand te monitoren als zij daarop een schadevordering jegens aanneemster zou willen baseren. Immers het vroegtijdig constateren van optredende schade kan schade-beperkend werken hetgeen in het onderhavige geval zeker zou zijn gebeurd. Opdrachtgeefster heeft volgens het vonnis in eerste aanleg in reconventie gevorderd te verklaren van recht dat aanneemster aansprakelijk is voor de door opdrachtgeefster

geleden en nog te lijden directe en indirecte schade. Onder 156 van die memorie wordt gesteld dat het dan gaat om schade voortvloeiend uit de veroorzaakte schade aan de belendingen. Aan de stelling thans dat de schade aan de belendingen door de CAR-verzekering is gedekt komt dan geen betekenis toe, nu opdrachtgeefster aannemster alsnog aansprakelijk houdt voor daaruit voortvloeiende schade en er dus sprake zou kunnen zijn van niet door de CAR-verzekering gedekte schade aan belendingen. Derhalve is de overweging van arbiters in eerste aanleg niet van belang ontbloot. De grieven falen derhalve.

Grief 11

Ten onrechte hebben arbiters in eerste aanleg in overweging 48 (lees: 47) van hun vonnis overwogen dat de kosten voor het mobiel stempelraam voor rekening van opdrachtgeefster komen.

31. In overweging 46 van hun vonnis overwogen arbiters in eerste aanleg dat vanwege de opgetreden schade door de overmatige grondontspanning de verzekeraar geëist heeft dat alsnog een tweede mobiel stempelraam werd toegepast. In de toelichting bevestigt opdrachtgeefster deze overweging. De vordering dat de kosten daarvoor voor rekening van aannemster komen is gebaseerd op de stelling dat aannemster aansprakelijk is voor de gevolgen van de bovenmatige grondontspanning. Van deze stelling hebben appellarbiters hiervoor onder grief 2 overwogen dat deze onjuist is, zodat de grief faalt.

Grief 12

Ten onrechte hebben arbiters in eerste aanleg in overweging 53 (lees: 51 en 52) overwogen dat de stillegging van het werk aannemster uiteindelijk niet is te verwijten en de aansprakelijkheid voor de vertraging in fase 1 dan ook op opdrachtgeefster rust.

32. Uit de toelichting blijkt dat deze grief zelfstandige grondslag mist. Gezien de uitkomst van de voorgaande grieven faalt ook deze grief.

Grief 13

Ten onrechte hebben arbiters in eerste aanleg in overweging 60 (lees: 58) van hun vonnis overwogen dat, nu de verzekeraar het gehele werk had stilgelegd en opdrachtgeefster de aansprakelijkheid op dat moment volledig bij aannemster legde, onder die condities in billijkheid niet van aannemster kon worden verlangd het werk aan de risicoloze palen door te zetten, temeer daar op dat moment (nog) niet zeker was welke palen als risicoloze palen waren aan te merken.

33. Opdrachtgeefster merkt terecht op dat niet de verzekeraar maar opdrachtgeefster het werk heeft stilgelegd. Het was dus ook aan opdrachtgeefster het werk weer te doen voortzetten. De verzekeraar had echter aangegeven het werk uit de dekking te nemen. Van aanneemster mag niet worden verwacht het werk voort te zetten zolang de verzekeraar het werk niet onder haar dekking neemt, hetgeen vanzelfsprekend ook een belang van aanneemster is. Immers zijn ook haar risico's onder de verzekering gedekt. Onjuist is het standpunt van opdrachtgeefster dat in dat geval eventuele ongedekte evenementen voor haar risico zouden komen en het dus geen zaak van aanneemster is of er sprake is van dekking. Dat opdrachtgeefster eventuele schade even goed zou kunnen dragen als de verzekeraar, mag buiten discussie blijven. Echter is het debat dat aanneemster met een verzekeraar voert onder omstandigheden een heel ander debat dan wanneer opdrachtgeefster haar dekking moet verlenen voor schade. Het debat met de verzekeraar gebeurt immers op grond van de polis, dat met opdrachtgeefster op grond van de overeenkomst. Aanneemster behoudt derhalve belang bij de dekking door de verzekeraar.
34. Aanneemster stelt dat zij in juni 2008 niet op de hoogte was of en zo ja, in hoeverre de verzekeraar het werk weer onder haar dekking nam. Tegen deze stelling heeft opdrachtgeefster niet onderbouwd hoe en wanneer zij zulks aan aanneemster zou hebben meegedeeld. Appellarbiters moeten er derhalve van uitgaan dat aanneemster daar niet van op de hoogte was. Dat haar onderaanneemster meende dat het werk weer kon worden hervat is tussen aanneemster en opdrachtgeefster irrelevant. Hetzelfde geldt voor de opmerkingen van de deskundige van de verzekeraar. Alleen verzekeraar kan bepalen of het werk weer in dekking wordt genomen en onder welke voorwaarden. Zolang aanneemster niet weet of de verzekeraar het werk in dekking heeft genomen en onder welke voorwaarden, mag van aanneemster niet worden verwacht dat zij het werk hervat. Dat aanneemster eerst in oktober 2008 vernam welke die voorwaarden waren, is door opdrachtgeefster niet gemotiveerd weersproken. Derhalve faalt de ongegronde grief.

Grief 14

Ten onrechte hebben arbiters in eerste aanleg in overweging 65 (lees: 63) van hun vonnis de vordering in reconventie van opdrachtgeefster afgewezen.

35. De grief mist zelfstandige grondslag zoals uit de toelichting erop blijkt, zodat deze het lot volgt van de voorgaande grieven en dus faalt.
36. Resumerend in het principale appel zijn appellarbiters van oordeel dat op een enkele correctie in de overwegingen van het bestreden vonnis na de grieven in het principale appel geen aanleiding geven het vonnis in eerste aanleg te vernietigen, zodat het principale appel tevergeefs is ingesteld.

In incidenteel appel:

Grief 1

Ten onrechte overwogen arbiters in eerste aanleg in overwegingen 54, 55, 56 en 60 van hun vonnis dat aannemster, samengevat, het werk één werkweek na de directie-aanwijzing van 16 september 2008 had moeten hervatten. Ten onrechte hebben arbiters in eerste aanleg slechts voor recht verklaard dat opdrachtgeefster aansprakelijk is voor de schade en kosten ontstaan in de periode na stillegging van het werk door opdrachtgeefster tot het moment waarop opdrachtgeefster de directie-aanwijzing op 16 september 2008 gaf, te vermeerderen met één week. Aannemster is van mening dat zij niet eerder kon hervatten dan 13 oktober 2008 en opdrachtgeefster mitsdien de schade en kosten tot dat moment aan haar zal moeten vergoeden.

37. Opdrachtgeefster meent dat het werk direct na het geven van de directieaanwijzing op 16 september 2008 had kunnen worden gestart. Arbiters in eerste aanleg overwogen dat aannemster een opstarttermijn van een week gegund moest worden. Aannemster echter meent dat zij niet eerder dan op 13 oktober 2008 kon starten, toen zij weer heistellingen op het werk beschikbaar had, toen opdrachtgeefster op 10 oktober 2008 het meerwerk had goedgekeurd en toen opdrachtgeefster op 2 oktober 2008 het definitieve palenplan en op 13 en 23 oktober 2008 het definitieve monitoringsplan had overhandigd aan aannemster.
38. Appellarbiters zijn van oordeel dat met wat extra inspanning het mogelijk moet zijn geweest om binnen twee weken tenminste één heistelling op het werk aan te voeren. Daar had aannemster direct na de vergadering van 9 september 2008 mee moeten beginnen, zodat zij twee weken later op 23 september 2008 over die heistelling kon beschikken. Dat komt overeen met de door arbiters in eerste aanleg genoemde termijn van één week na 16 september 2008. Aannemster diende daarbij natuurlijk wel te beschikken over het definitieve palenplan, zodat een start voor 2 oktober 2008 niet in de rede ligt.

39. Uit de brief van aanneemster d.d. 10 oktober 2008 (productie 15 bij eis) blijkt dat partijen eerst op 9 oktober 2008 overeenstemming hebben bereikt over de financiële gevolgen van de op 9 en 16 september 2008 opgedragen wijzigingen, nadat aanneemster op 24 september 2008 de afwijkingsformulieren had ingediend. Op grond van paragraaf 36 leden 4 en 5 UAV 1989 kan van aanneemster niet verwacht worden dat zij overgaat tot uitvoering van bestekwijzigingen voordat die bestekwijzigingen schriftelijk zijn opgedragen en over de prijs daarvan overeenstemming is bereikt. 10 oktober 2008 was een vrijdag, aanneemster is direct op de maandag 13 oktober 2008 daarna aan de slag gegaan. Dat moet als juist worden beschouwd. De grief slaagt derhalve en op dit punt dient het vonnis vernietigd te worden en dient de vordering van aanneemster alsnog als gevorderd te worden toegewezen.

Grief 2 voorwaardelijk

Ten onrechte hebben arbiters in eerste aanleg in overweging 20 van hun vonnis geoordeeld dat Terracon geen voorgeschreven onderaannemer is.

40. Deze grief is voorgedragen onder de voorwaarde dat in het principale appel appelarbiters mochten oordelen dat de ontspanning van de ondergrond te wijten zou zijn aan een uitvoeringsfout van aanneemster. Aangezien appelarbiters zulks niet hebben geoordeeld, hoeft deze grief geen behandeling.
41. Dat betekent dat het incidentele appel in zoverre terecht is ingesteld dat de derde verklaring van recht dient te worden vernietigd voor zover daarbij is bepaald dat opdrachtgeefster aansprakelijk is voor de (vertragings)schade c.q. redelijke extra kosten die voor aanneemster zijn ontstaan als gevolg van de stillegging van het werk door CAR-assuradeuren (periode 1), in de periode na stillegging van het werk door CAR-assuradeuren/opdrachtgeefster tot het moment waarop opdrachtgeefster de directieaanwijzing op 16 september 2008 gaf (periode 2), te vermeerderen met één week en daarvoor in de plaats van recht dient te worden verklaard dat opdrachtgeefster aansprakelijk is voor de (vertragings)schade c.q. redelijke extra kosten die voor aanneemster zijn ontstaan als gevolg van de stillegging van het werk door opdrachtgeefster (periode 1) en in de periode na stillegging van het werk door opdrachtgeefster tot 13 oktober 2008.

de proceskosten in principaal en incidenteel appel tezamen en overige vorderingen

42. Nu opdrachtgeefster in overwegende mate in appel in het ongelijk is gesteld, achten appellarbiters het billijk dat opdrachtgeefster de proceskosten in appel draagt. De door de Raad gemaakte kosten in appel hebben tot en met het depot van dit vonnis ter griffie van de rechtbank te Amsterdam € 16.993,67 (waarvan € 2.695,07 aan btw) bedragen en zijn verrekend tot een beloop van € 10.000,00 met de door opdrachtgeefster gedane storting en voor het overige tot een beloop van € 6.993,67 met de door aanneemster gedane storting. Appellarbiters bepalen de tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van aanneemster in appel in billijkheid op € 11.250,00. Ter zake van de proceskosten in appel dient derhalve door opdrachtgeefster aan aanneemster te worden voldaan € 6.993,67 + € 11.250,00 = € 18.243,67.
43. Aanneemster vordert nog de wettelijke rente over deze proceskosten vanaf twee weken na dagtekening van het vonnis. Tegen deze vordering is door opdrachtgeefster geen verweer gevoerd, zodat deze vordering wordt toegewezen.
44. Hetgeen in hoger beroep meer of anders is gevorderd dient te worden afgewezen.

DE BESLISSING

Appellarbiters, rechtdoende in hoger beroep als goede mannen naar billijkheid:

in principaal en incidenteel appel

VERNIETIGEN het vonnis in eerste aanleg onder nummer 31.356 d.d. 6 april 2011 tussen partijen gewezen voor zover daarbij van recht is verklaard bepaald dat opdrachtgeefster aansprakelijk is voor de (vertragings)schade c.q. redelijke extra kosten die voor aanneemster zijn ontstaan als gevolg van de stillegging van het werk door CAR-assuradeuren (periode 1), in de periode na stillegging van het werk door CAR-assuradeuren/opdrachtgeefster tot het moment waarop opdrachtgeefster de directieaanwijzing op 16 september 2008 gaf (periode 2), te vermeerderen met één week, en opnieuw rechtdoende:

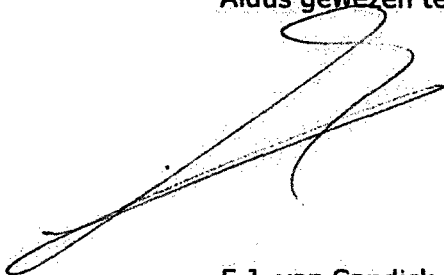
VERKLAREN VAN RECHT dat opdrachtgeefster aansprakelijk is voor de (vertrags)schade c.q. redelijke extra kosten die voor aannemster zijn ontstaan als gevolg van de stillegging van het werk door opdrachtgeefster (periode 1) en in de periode na stillegging van het werk door opdrachtgeefster tot 13 oktober 2008;

BEKRACHTIGEN het vonnis voor het overige;

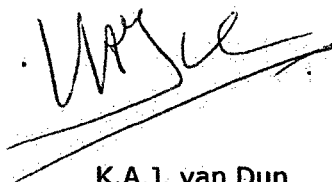
VEROORDELEN opdrachtgeefster ter verrekening van de proceskosten in appel aan aannemster te betalen € 18.243,67 (achttienduizend tweehonderddrieënveertig euro en zevenenzestig cent) vermeerderd met de wettelijke rente met ingang van twee weken na dagtekening vonnis;

WIJZEN AF hetgeen in hoger beroep meer of anders is gevorderd.

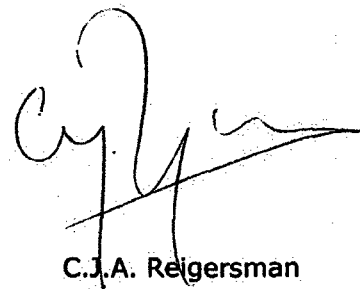
Aldus gewezen te Amsterdam, 7 mei 2012



E.J. van Sandick



K.A.J. van Dun



C.J.A. Reigersman