

# SYSTEM ERROR!

## Foutje in het bestek: wie draait er voor op?

Met een gerust hart een aannemingsovereenkomst aangaan en de zekerheid hebben dat het kunstgrasveld wordt aangelegd zoals is afgesproken en dat het voldoet aan alle wensen van de opdrachtgever. Voor alle partijen duidelijkheid over het uit te voeren werk en de overeengekomen prijs. Uiteraard een prijs die redelijk is. Dat is toch wat iedere opdrachtgever of aannemer wil? Toch zijn er met enige regelmaat, met name in het stadium na de contractsluiting, discussies over het uit te voeren werk. De oorzaak van die discussies is vaak dat er een fout zit in het bestek. Voor wiens rekening komt een dergelijke fout? Of, met andere woorden: wie draait er voor op?

Auteur: Mr. A.T.M. van den Borne

In mijn dagelijkse praktijk neem ik kennis van bestekken in allerlei soorten en maten. Van bestekken die uit complete boekwerken bestaan en waarin zaken van onderbouw tot vezels van de grasmatten tot de punt en de komma zijn geregeld tot bestekken van hooguit een paar pagina's. Daarin zijn meestal globaal de eisen waaraan het werk moet voldoen omschreven. Bijvoorbeeld dat een kunstgrasveld geschikt moet zijn om wedstrijden op te kunnen spelen en minimaal tien jaar moet meegaan. In al deze bestekken kunnen fouten zitten. Uiteraard is het risico op fouten in een zeer specifiek omschreven bestek vele malen groter dan in een bestek dat alleen globaal de eisen aangeeft. Overigens kunnen in dat laatste geval de eisen zo globaal zijn weergegeven dat het bestek op verschillende manieren kan worden geïnterpreteerd. Dat kan later ook weer tot discussie leiden.

Verschillende soorten fouten kunnen zich voordoen. Een illustratie aan de hand van een voorbeeld. Stel dat een opdrachtgever aan de aannemer opdraagt een kunstgrasveld aan te leggen. Wanneer in het bestek de verkeerde afmetingen van de onderbouw zijn opgenomen, kan de onderbouw wel in theorie, maar niet in praktijk functioneren. Er is dan sprake van een fout. Indien in hetzelfde geval de wijze van bemaling in het bestek ontbreekt, en alleen met spanningsbemaling het gewenste resultaat kan worden bereikt, is deze onvolledigheid ook aan te merken als een fout. Een fout doet zich ook voor wanneer twee verschillende methoden in het bestek zijn aangegeven waarop de onderbouw zal moeten worden gebouwd. Er zijn zo nog legio voorbeelden van fouten te noemen. Voor al deze specifieke gevallen is meestal niet direct te zeggen voor wiens rekening een

fout komt. De totale overeenkomst en de totstandkoming daarvan zal daarvoor onder de loep moeten worden genomen.

### Help!

Tijdens het congres 'Help, ik wil een kunstgrasveld' zal ik tijdens de eerste parallelsessie op praktische wijze de materie rondom fouten in bestekken bespreken. Om te kunnen achterhalen wie voor een fout in het bestek (meestal in financiële zin) moet opdraaien, komt aan bod wie er in bepaalde gevallen verantwoordelijk is voor het ontwerp en voor de uitvoering van het werk. Vervolgens wordt behandeld in welke gevallen de aannemer in een aantal gevallen zal moeten waarschuwen voor fouten in het bestek. Kan de aannemer volstaan met een waarschuwing tijdens de uitvoering of moet de aannemer al voor dat

het contract is gesloten waarschuwen? Tevens wordt besproken welke gevolgen het al dan niet waarschuwen voor fouten heeft. Vragen die ook nog aan bod komen: wat als de aannemer wel heeft gewaarschuwd en de opdrachtgever slaat de waarschuwing in de wind? Wat als de opdrachtgever zelf een deskundige is op het gebied van het aanleggen van kunstgras? Is in dat laatste geval de opdrachtgever sowieso verantwoordelijk voor alle fouten? Aan de hand van praktijkgevallen en actuele rechtspraak zal het geheel worden toegelicht. Het gedeelte wordt zodanig gepresenteerd dat u als opdrachtgever of aannemer na deelname zelf beter in staat zult zijn te beoordelen wie er verantwoordelijk is voor een fout in het bestek en wat u (als opdrachtgever of aannemer) in concrete situaties het beste kunt doen. Gelet op de beperkte tijd die tijdens het congres aanwezig is, zal dit artikel nu dieper op de precontractuele waarschuwingsplicht ingaan. Dit onderwerp sluit naadloos aan bij de onderwerpen die ik tijdens het congres de revue zal laten passeren.

### Waarschuwingsplicht: het traditionele model

Eerst een onderscheid tussen het aangaan van overeenkomsten op basis van het traditionele model en het innovatieve model. Op basis van het traditionele model zijn ontwerp en uitvoering strikt gescheiden. Dat betekent dat de opdrachtgever zorgt voor het ontwerp en de aannemer het werk uitvoert. Bij het innovatieve model wordt de aannemer al in de ontwerpfase bij het werk betrokken. Er is dan al sprake van een overeenkomst tussen partijen. Daarom is de precontractuele waarschuwingsplicht in het innovatieve model minder relevant. In dit artikel zal ik mij om die reden en vanwege de complexiteit beperken tot het traditionele model. In het traditionele model is de opdrachtgever verantwoordelijk voor het ontwerp en dus ook voor het bestek. Uitgangspunt is dat de opdrachtgever verantwoordelijk is voor fouten in het bestek c.q. ontwerp en de aannemer voor fouten in de uitvoering.

### Contractueel versus precontractueel

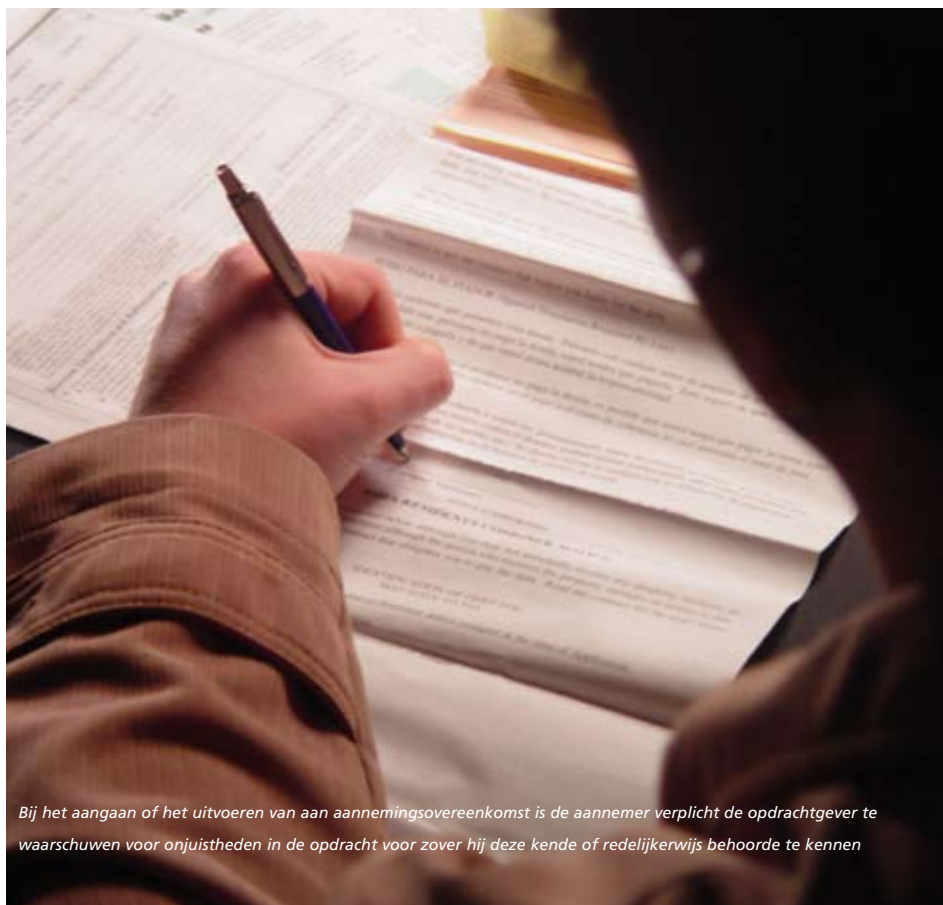
Bij het aangaan of het uitvoeren van een aannemingsovereenkomst is de aannemer verplicht de opdrachtgever te waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht voor zover hij deze kende of redelijkerwijs behoorde te kennen, aldus artikel 7:754 van het Burgerlijk Wetboek. Mocht de aannemer tijdens de uitvoering stuiten op een fout in het ontwerp c.q. bestek, dan zal

de aannemer op grond van zijn contractuele waarschuwingsplicht de opdrachtgever moeten waarschuwen. Indien bijvoorbeeld in het bestek is vermeld dat het instrooi materiaal een diameter moet hebben van 3cm, zal iedere aannemer begrijpen dat dit een schrijffout is in het bestek en dat de opdrachtgever wat anders wil; hij zal dan moeten waarschuwen. Zoals blijkt uit de wet is de aannemer ook bij het aangaan van de aannemingsovereenkomst verplicht te waarschuwen voor fouten. Deze bepaling is voor het eerst in 2003 in de wet opgenomen. Dit betekent dat tijdens de aanbesteding of indien de aannemer in onderhandeling is met de opdrachtgever de aannemer zal moeten waarschuwen voor fouten. Het betreft hier de zogenoemde precontractuele waarschuwingsplicht. Waarschuwt een aannemer niet vooraf voor een fout en kende hij deze fout of had hij deze redelijkerwijs op basis van zijn deskundigheid moeten kennen, kan het zo zijn dat de fout geheel voor rekening van de aannemer komt. In de praktijk betekent dit dat bij schending van de waarschuwingsplicht de aannemer in het algemeen geen recht heeft op een vergoeding van meerwerk en in sommige gevallen zelfs schadeplichtig is ten opzichte van

de opdrachtgever. De kosten voor bijvoorbeeld herstel kunnen dan de pan uitrijzen.

### Wanneer precontractueel waarschuwen?

Om te kunnen bepalen wanneer een aannemer moet waarschuwen, is het van belang een onderscheid te maken tussen werken die onderhands (één-op-één) worden gegund en werken die worden aanbesteed. In het één-op-één-verkeer hebben aannemer en opdrachtgever direct contact met elkaar. Daardoor ontstaat er een nauwe relatie tussen de aannemer en de opdrachtgever. Direct informatie uitwisselen is mogelijk en vaak adviseert de aannemer over het uit te voeren werk en worden onderhandelingen gevoerd. Om een prijs te kunnen bepalen, is de aannemer gericht op de uitvoering van het werk. De aannemer zal in het kader van de prijsbepaling moeten aangeven wanneer een werk niet uitvoerbaar is. Bij aanbesteding is er echter een andere verhouding tussen opdrachtgever en aannemer. In beginsel is de inschrijver gericht op het vaststellen van de prijs, om zo bij inschrijving als beste uit de bus te komen. Daardoor is de inschrijver niet gericht op het resultaat. Bovendien heeft de inschrijver weinig tijd om in te schrijven en is er geen



*Bij het aangaan of het uitvoeren van een aannemingsovereenkomst is de aannemer verplicht de opdrachtgever te waarschuwen voor onjuistheden in de opdracht voor zover hij deze kende of redelijkerwijs behoorde te kennen*

nauwe relatie tussen partijen. Dat brengt met zich mee dat bij aanbesteding de inschrijver moet waarschuwen voor fouten die hij redelijkerwijze bij de prijsbepaling had kunnen zien. De inschrijver zal daarbij het bestek niet heel grondig hoeven te onderzoeken. Een voorbeeld waarbij er precontractueel moet worden gewaarschuwd door de inschrijver: na een herziening van het bestek zijn enkele gegevens met betrekking tot de te realiseren verlichting niet aangepast. Het aantal lichtmasten komt niet overeen met de hoeveelheid materialen (kabels e.d.). Er zijn veel te weinig kabels in het bestek opgenomen. Daardoor is het bestek onjuist. Het gaat om een sterk verhoogde omvang van het aantal materialen die niet in het bestek zijn opgenomen en om die reden zal de inschrijver precontractueel moeten waarschuwen. Op grond van het bovenstaande zal de aannemer bij één-op-één-verkeer eerder moeten waarschuwen, aangezien de aannemer dan al met het oog op de uitvoering naar het bestek heeft kunnen kijken. Dit hangt overigens wel af van de concrete situatie. Of een aannemer de fout had moeten kennen, kan ook afhangen van de deskundigheid van de aannemer. Van de aannemer op de hoek mag niet hetzelfde worden verwacht als van een groot bouwbedrijf. Dat geldt ook voor een aantal specialismen. Bijvoorbeeld als een gemeente het plaatselijke aannemingsbedrijf (dat zich normaliter bezig houdt met woningbouw) inschakelt voor de aanleg van een trapveldje. Van die aannemer mag niet dezelfde deskundigheid worden verwacht als van partijen die zeer bekend zijn met de branche en de producten. Een (pre)contractuele waarschuwingsplicht zal dan minder snel worden aangenomen.

### Gokken of niet?

De aannemer zal op basis van de in de wet opgenomen precontractuele waarschuwingsplicht voor fouten moeten waarschuwen voorafgaand aan het sluiten van de aannemingsovereenkomst. Fouten die hij voor contractsluiting kende of behoorde te kennen, kunnen op zijn bordje komen, indien deze tijdens de uitvoering wél aan het licht komen. Het is dus verstandig voor de aannemer om precontractueel te waarschuwen. Let wel: de waarschuwing dient schriftelijk te gebeuren, anders krijgt u daar later mogelijk weer discussie over! Waagt de aannemer een gok, dan zal pas later blijken of de fout voor zijn rekening komt of niet. De opdrachtgever zal zich na contractsluiting op haar beurt moeten afvragen of bijvoorbeeld bij meerwerk er sprake

is van een fout in het bestek die al voor het aangaan van de overeenkomst had moeten worden erkend.

## Doordat aannemers precontractueel moeten waarschuwen, kunnen problemen die door de fouten in het bestek kunnen ontstaan na de contractsluiting in de kiem worden gesmoord.

### Kanttekeningen

De precontractuele waarschuwingsplicht is voor zowel opdrachtgevers als aannemers relevant. Doordat aannemers precontractueel moeten waarschuwen kunnen problemen die door de fouten in het bestek kunnen ontstaan na de contractsluiting nu in de kiem worden gesmoord. Beide partijen hebben daardoor duidelijkheid voorafgaand aan het uit te voeren werk. De slotsom zou kunnen zijn dat beide partijen blij zijn met deze uitkomst. Dat is in principe zo, maar wel dienen hierbij nog een paar kanttekeningen te worden gemaakt. Vooral met betrekking tot de aanbesteding doet zich nog wel eens het probleem voor dat de inschrijver bij de inlichtingenronde vraagt om verduidelijking van bepalingen en wijst naar een fout in het bestek. In de praktijk kom ik dan nog met enige regelmaat tegen dat de opdrachtgever in haar nota van inlichtingen mededeelt dat het uitgevoerd moet worden conform bestek. In dat geval is er in principe gewaarschuwd, maar zal er toch vaak nog tijdens de uitvoering discussie ontstaan over de wijze van uitvoering. Naast bovengenoemde kanttekening is het overigens niet altijd even duidelijk wanneer er precontractueel moet worden gewaarschuwd. Er zijn uiteraard een aantal factoren waaraan kan worden getoetst, waaronder de deskundigheid en de hoeveelheid tijd die de aannemer voorafgaand aan de contractsluiting heeft om zijn prijs te bepalen. Er bestaat echter geen overzicht of iets dergelijks waaruit blijkt of in een specifiek geval moet worden gewaarschuwd. Per geval zal dan moeten worden bekeken of er precontractueel gewaarschuwd moet worden of niet.



Anja van den Borne - de auteur van dit artikel - is als advocaat verbonden aan Heijltjes Advocaten in Nijmegen en is gespecialiseerd in Bouw- en Aanbestedingsrecht. Wanneer u een vraag heeft over een juridisch onderwerp dat in een volgend nummer van Fieldmanager kan worden besproken, kunt u direct contact opnemen met haar, via telefoonnummer 024 - 3816698 of e-mailadres: [vandenborne@heijltjes.nl](mailto:vandenborne@heijltjes.nl)