

AANBESTEDING

Tijd & Redelijkheid. Een bloem- lezing van de jurisprudentie over het tijdstip van inschrijving bij aanbestedingen

In aanbestedingen geldt de gouden regel dat gegadigden binnen de daarvoor gestelde termijn dienen in te schrijven. Concurrenieren is echter mensenwerk. Het is niet uitzonderlijk dat gegadigden hun inschrijving – figuurlijk gesproken – om vijf vóór twaalf komen indienen. Maar hoe streng moet een aanbesteder zijn wanneer indiening niet om vijf vóór, maar vijf over twaalf plaatsvindt? Anders gezegd: dient een aanbesteder inschrijvingen die later dan het aangegeven tijdstip van aanbesteding zijn ingediend te allen tijde buiten beschouwing te laten, of kunnen de redelijkheid en billijkheid onder omstandigheden een soepeler houding rechtvaardigen?

De bekendmaking van de openbare aanbesteding van een opdracht conform de Europese Richtlijnen dient op grond van die richtlijnen onder meer de uiterste datum voor de ontvangst van aanmeldingen of inschrijvingen te bevatten. De tijdigheid van de inschrijving is een vormvoorschrift. Indien een dergelijk voorschrift niet wordt nageleefd, heeft dat in beginsel de ongeldigheid van de inschrijving tot gevolg.

Het thans geldende Uniform Aanbestedingsreglement 2001 geeft nadere regels. Conform artikel 34 lid 2 jo. artikel 6 lid 2 sub k en l dient de aanbesteder in de bekendmaking of de uitnodiging tot inschrijving te vermelden waar en wanneer de inschrijvingen dienen te worden ingeleverd en waar en wanneer de aanbesteding plaatsvindt. Het is de aanbesteder op grond van artikel 21 lid 1 niet toegestaan het tijdstip van aanbesteding te vervroegen. In artikel 11 lid 6 is bepaald dat een inschrijving *tot* het tijdstip van aanbesteding mag worden ingediend. Artikel 11 lid 7 bepaalt daarbij dat de inschrijvers het risico dragen voor de tijdigheid van inschrijving. Artikel 23 bepaalt dat inschrijvingen die niet voldoen aan de

eisen gesteld in de bekendmaking, ongeldig zijn. Deze artikelen beogen in hun samenhang de gelijke behandeling van inschrijvers te waarborgen door hun allen dezelfde uiterste termijn voor inschrijving op te leggen.¹

In de praktijk doet zich echter regelmatig de situatie voor dat de aanbesteding – het feitelijke openen van de enveloppen door de aanbesteder – niet stipt op het aangekondigde tijdstip plaatsvindt, maar enkele of meer minuten later. Zowel de Raad van Arbitrage voor de Bouw als de burgerlijke rechter heeft zich uitgelaten over de vraag hoe (strikt) de relevante artikelen uit het UAR in dat geval dienen te worden uitgelegd. Hieronder volgt in chronologische volgorde een korte bespreking van de relevante jurisprudentie.

De Hoge Raad maakt in zijn arrest van 31 mei 1985 (NJ 1985/648, Staat/Hasler) in algemene zin uit dat een inschrijving alleen geldig is, wanneer die

‘(...) in de in artikel 10 UAR 1972² bedoelde gesloten en verzegelde bus is gestoken, vervolgens op de plaats en het tijdstip in de bekendmaking vermeld, door degene die de aanbesteding houdt zijn geopend en, met inachtneming van het bepaalde in artikel 18 UAR 1972,³ zijn voorgelezen, terwijl het tevens moet zijn vermeld in het in artikel 19 UAR⁴ bedoelde proces van aanbesteding.’

Kortom, alleen een op de vooraf daartoe bepaalde tijd en plaats ingediende en voorgelezen inschrijving is geldig.

Ook de Raad van Arbitrage betoont zich recht in de leer. In zijn uitspraak van 20 juni 1994 (BR 1994/1046) is een geval aan de orde waarin een gegadigde vlak vóór de aanbesteding liet weten dat zij daarbij niet op tijd zou kunnen zijn en verzocht om uitstel van de aanbesteding. Dat uitstel werd onder protest van de gegadigde die als laagste van de wel op tijd aanwezigen had ingeschreven door de aanbesteder verleend. Hoewel de vertraagde gegadigde vervolgens de laagste inschrijfsom bleek te hebben, liet de aanbesteder diens inschrijving alsnog buiten beschouwing, omdat die niet conform het UAR 1986 tot stand was gekomen. Terecht, zo oordelen arbiters. Zij stellen voorop dat de regels van het UAR (1986), evenals de door de aanbesteder zelf met betrekking tot de aanbesteding gestelde regels, strikt dienen te worden toegepast. Uitstel van het tijdstip van aanbesteding is (alleen)⁵ mogelijk indien alle bij de aanbesteding betrokken partijen daarmee duidelijk en zonder voorbehoud instemmen. Als tijdstip van aanbesteding geldt het in het bestek genoemde tijdstip, niet het tijdstip waarop werkelijk de bus is geopend. De door de aanbesteder gedane toezegging dat de aanbesteding zou worden uitgesteld, doet daar niet aan af: een binnen het kader van een aanbesteding gedane toezegging van die strekking is niet zonder meer bindend, ‘aangezien daarbij ook belangen van anderen betrokken zijn’.

Het Hof Den Bosch in zijn arrest van 26 februari 1997 (BR 1997/453) ziet in een vrijwel identieke casus wel ruimte voor uitzonderingen ten gunste van een (vijf minuten) verlate inschrijver. In zijn overwegingen acht het hof het uitgesloten dat de betreffen-

1 De nummering en de inhoud van de hier genoemde artikelen in het UAR 2001 zijn (vrijwel) identiek aan die van het UAR 1986, die in de hierna te behandelen uitspraken steeds de geldende regeling was. Het UAR EG 1991, verplicht van toepassing op aanbestedingen door rijksoverheden, geeft in art. 9 jo. art. 18 lid 6 en 7 jo. art. 30 een soortgelijke regeling.

2 Art. 11 UAR 2001.

3 Art. 21 UAR 2001.

4 Art. 23 UAR 2001.

5 Toevoeging HCL.

de inschrijver zijn inschrijving had laten beïnvloeden door wetenschap omtrent de inhoud van een van de andere – tijdige – inschrijvingen. Van concurrentievervalsing kan dus geen sprake zijn. Het hof oordeelt dat het weigeren van een inschrijving wegens een zo geringe tijdsoverschrijding strijdt met het non-discriminatiegebod oplevert en nodeloos formalistisch is.

De Raad van Arbitrage blijft echter onverbiddelijk: een te late inschrijving is ongeldig. Dat geldt zelfs wanneer het de schuld is van de aanbestedder zelf dat de inschrijving te laat is ingediend, zoals het geval was in een uitspraak van 7 november 2000. Eén inschrijver was vóór het tijdstip van de betreffende aanbesteding al aanwezig in de ruimte waar die aanbesteding zou plaatsvinden. Omdat in het gebouw waar de aanbesteding plaatsvond bezoekers niet zonder begeleiding mochten rondlopen, koos de met de aanbesteding belaste functionaris ervoor de – later, maar ook ruim op tijd gearriveerde – overige twaalf gegadigden bij de portier te laten wachten om hen op het tijdstip van de aanbesteding gezamenlijk naar de ruimte te leiden waar de aanbesteding plaatsvond. De groep kwam daar enkele minuten na het aangekondigde tijdstip van de aanbesteding aan. De aanbestedder stond hun echter toch toe hun inschrijving in de bus te deponeren. De eerder aanwezige inschrijver verzette zich daartegen, stellende dat zijn inschrijving de enige geldige was. Daardoor was er geen concurrentie op het moment van aanbesteding, door welk feit hij zijn inschrijfgedrag had laten beïnvloeden. Met hem oordelen arbiters dat de te laat ingediende inschrijvingen niet in beschouwing mogen worden genomen. De inschrijvers dragen op grond van artikel 11 lid 7 UAR 1986 zelf het risico voor de tijdigheid van hun inschrijving. De stelling van de aanbestedder dat zo'n strikte toepassing van het UAR tekort doet aan het concurrentiebeginsel vindt bij arbiters geen weerklank. Had de aanbestedder concurrerende inschrijvingen willen krijgen, dan had ze daartoe maar adequate voorzieningen moeten treffen.

Ook de president van de Rechtbank Den Bosch volgt, in afwijking van het Hof Den Bosch in voornoemd arrest, enkele maanden later de harde lijn. In een kort geding betreffende een zeven minuten te laat ingediende inschrijving oordeelt hij in zijn uitspraak van 6 februari 2001 (KG 2001/71) dat het gelijkheidsbeginsel strikte naleving van de voor een aanbesteding geldende regels vereist. Voor belangenafweging is daarbij geen plaats: de verlate inschrijving is ongeldig en dient buiten beschouwing gelaten te worden.

Te laat is te laat, zo blijkt derhalve de teneur. Zowel de Raad van Arbitrage als inmiddels ook de burgerlijke rechter oordeelt streng, zich daarbij beroepend op het gelijkheidsbeginsel. Daarbij is de vraag of (en zo ja, in hoeverre) een te late inschrijver verhaal kan zoeken voor de schade die hij lijdt doordat zijn inschrijving niet in beschouwing wordt genomen bij degene die feitelijk heeft veroorzaakt dat zijn inschrijving te laat was.

In een recent vonnis van de Raad van Arbitrage (RvA 29 april 2002, BR 2003/21), het vervolg op voornoemde uitspraak van 7 november 2000, beantwoorden arbiters die vraag bevestigend. Zij laten niet na inschrijvers er nog eens op te wijzen dat zij zelf het risico dragen van de goede en tijdige indiening van hun inschrijving. De vraag of te late inschrijvers schuld hebben aan hun te late komst naar de aanbesteding, heeft voor de rechtsgeldigheid van hun

inschrijving dus geen relevantie.⁶ De vraag in het onderhavige geschil betreft echter niet die rechtsgeldigheid, maar de aansprakelijkheid voor de schadelijke gevolgen van die te late inschrijving. Arbiters oordelen dat een aanbestedder, wanneer die al dan niet opzettelijk een inschrijver belet zijn inschrijving tijdig te deponeren en die inschrijving is daardoor ongeldig, aansprakelijk is jegens die inschrijver voor de schadelijke gevolgen van zijn handelen of nalaten. In het onderhavige geval komen arbiters evenwel aan de eigenlijke schadetoekeningsvraag niet toe. Zij concluderen dat de inschrijver die het geschil aanhangig heeft gemaakt niet aan de gestelde omzeteis voldoet. De inschrijver zou derhalve in geen geval in aanmerking zou zijn gekomen voor gunning en lijdt geen schade door de ongeldigheid van zijn inschrijving.

Interessant is nog een uitspraak van de president van de Rechtbank Utrecht van 2 oktober 2001 (KG 2001/267). In casu liet de aanbestedder een inschrijving buiten beschouwing, omdat die een minuut te laat zou zijn ingediend, waarbij de aanbestedder zich baseerde op de uitlatingen van een concurrent-inschrijver die ter plaatse de tijdlijn had gebeld. Ten onrechte, oordeelt de president. Het is in strijd met het gelijkheidsbeginsel om de vaststelling van het tijdstip van ontvangst van een inschrijving te baseren op de waarneming van een concurrent. Het ligt op de weg van de aanbestedder om ervoor te zorgen dat de vaststelling van de tijd waarop een inschrijving wordt ingediend op een onafhankelijke en onpartijdige manier gebeurt. Volgt veroordeling voor de aanbestedder om de inschrijving alsnog in beschouwing te nemen.⁷

Concluderend, kan gesteld worden dat zowel de Raad van Arbitrage als de burgerlijke rechter strikt de hand houdt aan de eis van tijdige indiening van inschrijvingen. Of indiening tijdig plaatsvindt, dient daarbij door de aanbestedder op een onafhankelijke en onpartijdige manier te worden vastgesteld. Een minuut kan immers het verschil maken tussen een geldige en een ongeldige aanbieding. Wie feitelijk schuld heeft aan de niet-tijdigheid van een inschrijving is niet relevant: op grond van artikel 11 lid 7 UAR 2001 komt de zorg voor de tijdige indiening geheel voor risico van de inschrijver.

Een dergelijke strikte toepassing van de gestelde inschrijf- of aanmeldingstermijn in aanbestedingen lijkt in beginsel gerechtvaardigd. Door van geval tot geval te beoordelen of en, zo ja, welke termijnoverschrijding eventueel nog is toegestaan en welke niet meer, zou een aanbestedende dienst zich op een hellend vlak begeven. Een dergelijke handelwijze verdraagt zich niet met het gelijkheidsbeginsel. Alle inschrijvers dienen in een zo transparant mogelijke procedure gelijke kansen te krijgen.

In uiterste gevallen is naar mijn mening echter wel ruimte voor een billijkheidscorrectie. Dit geldt zeker voor gevallen als die in voornoemde uitspraak van 7 november 2000, waarin inschrijvers buiten hun schuld of zelfs door toedoen van de aanbestedder zelf niet tijdig

6 Anders: Nijholt in zijn noot onder deze uitspraak.

7 De vraag rijst wat in het onderhavige geval het oordeel van de president zou zijn geweest wanneer de aanbestedende dienst zelf de tijdlijn had gebeld en op basis daarvan had vastgesteld dat de betreffende inschrijving een minuut te laat was. Op basis van de hiervoor behandelde uitspraken ligt het in de rede te veronderstellen dat de inschrijving dan buiten beschouwing zou (moeten) zijn gelaten.

kunnen inschrijven terwijl concurrent-inschrijvers daartoe door diezelfde aanbesteder wel in de gelegenheid zijn gesteld. Juist het gelijkheidsbeginsel verzet zich dan tegen al te strikte toepassing van de gestelde termijn.

Het wekt verbazing dat inschrijvers het bij de indiening van een inschrijving, waarmee veel tijd en vaak ook hoge kosten gemoeid zijn, toch nog zo regelmatig laten aankomen op het laatste moment. Een laatste vraag ligt dan ook voor de hand: waarom tot vijf vóór twaalf gewacht wanneer de inschrijving ook om elf uur, of zelfs een dag tevoren kan worden ingediend? Die discussie valt echter buiten het bestek van deze bloemlezing. Bovendien is de deadline voor dit artikel vijf minuten geleden verstreken.

Mr. H.C. Leemreize, advocaat Kennedy Van der Laan te Amsterdam