

MR. J (JOOST) HAEST is advocaat/partner bij Severijn Hulshof Advocaten in Den Haag. Zijn vakgebieden: Bouwrecht, Aanbestedingsrecht en Vastgoed.

Twee gelijke inschrijvingen, loting bepaalt de winnaar



Twee inschrijvingen die exact gelijk eindigen en daarmee beide als winnaar uit de bus komen. De kans dat dit voorkomt lijkt niet heel groot, toch heb ik het in mijn praktijk het afgelopen jaar al twee keer meegemaakt. In zo'n situatie is de hamvraag hoe de uiteindelijke winnaar bepaald wordt.

In het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW) staat beschreven dat 'het lot' bepaalt wie de gelukkige is. Zie bijvoorbeeld artikel 2.63.3 ARW 2016. Ook de lotingprocedure staat in het ARW helder beschreven. De betreffende inschrijvers worden tijdig in kennis gesteld dat een loting zal plaatsvinden en waar, wanneer en door wie die loting wordt gehouden. Ook zijn de betreffende inschrijvers bevoegd daar in persoon of bij gemachtigde aanwezig te zijn.

Maar wat nu als één van de betreffende inschrijvers niet aanwezig is bij de loting, omdat de aanbestedende dienst die inschrijver niet tijdig of deugdelijk in kennis heeft gesteld van de loting, terwijl de andere inschrijver wel aanwezig is? Is aanwezigheid van de betrokken inschrijver(s) überhaupt vereist of relevant als de loting door een onpartijdige en onafhankelijke notaris wordt uitgevoerd?

In een uitspraak van de rechtbank Den Haag van 21 februari 2018, (ECLI:NL:RBDHA:2018:2154) is geoordeeld dat de aanbestedende dienst door het niet tijdig of deugdelijk uitnodigen van één de betreffende inschrijvers niet de beschreven procedure gevolgd heeft. De vordering tot het houden van een nieuwe loting werd toegewezen. Het standpunt van de aanbestedende dienst dat de loting is geschied door een onafhankelijke en onpartijdige notaris waarmee gewaarborgd is dat de aanbestedingsbeginselen niet worden geschonden wordt door de Voorzieningenrechter terzijde geschoven. Dit standpunt komt neer op een invulling van de spelregels die afwijkt van de bepaling in het ARW. En ook het standpunt van de aanbestedende dienst dat de uitslag van de loting niet anders zou zijn geweest indien de betreffende inschrijver wel aanwezig zou zijn geweest wordt door de Voorzieningenrechter niet gevolgd. Omdat de andere inschrijver wel aanwezig was, is het gelijkheidsbeginsel geschonden waarmee de afwezige inschrijver in haar belangen is geschaad.

Critici stellen dat de Voorzieningenrechter (te) strikt de bepaling uit het ARW toepast. Daar kan tegenin worden gebracht dat als inschrijvers een bepaling uit het ARW niet strikt volgen, zij daar ook de gevolgen van moeten dragen. De uitspraak staat overigens ook niet op zich, maar is in lijn met een eerdere (niet gepubliceerde) uitspraak van de rechtbank Den Bosch uit 2011. Saillant detail: de oorspronkelijke winnaar werd ook bij de tweede loting winnaar.