

Alleen sprake van miscalculatie bij kennelijke fout

Cobouw 18-01-2006

Over de principiële vraag of het aanbestedingsrecht bij 'wil en verklaring' afwijkt van het gewone recht oordeelde de Raad van Arbitrage in zijn uitspraak van 6 januari van dit jaar, nummer 70.977.

Het ging in dit geval om een inschrijver die stelt, na als laagste uit de bus te zijn gekomen, dat hij een drietal fouten heeft gemaakt en dat hij daarom de inschrijving wil intrekken tenzij aanbesteder hem toestaat de fouten te corrigeren en dus de inschrijfsom te verhogen. De aanbesteder weigert dat en draagt het werk op aan de opvolgend inschrijver. Daarop vordert de aanbesteder de vergoeding van de schade bestaand uit het verschil tussen de inschrijfsom van de inschrijver en die van de opvolgend inschrijver. Dit wordt door arbiters in eerste instantie toegewezen en in appel wordt dit vonnis bekrachtigd. De inschrijver deed een beroep op het leerstuk van het niet overeenstemmen van wil en verklaring. De hoofdregel in het overeenkomstenrecht is dat als wil en verklaring niet overeenstemmen, er geen rechtshandeling tot stand komt op basis van de wil. Want de wil is er immers niet. Een voorbeeld van een ontbreken van een aan verklaring ten grondslag liggende wil is een miscalculatie. Omdat dit onredelijk kan uitpakken voor degene jegens wie de verklaring was gericht, kent het recht een tweede grond waarop de rechtshandeling tot stand kan komen. Die tweede grond is het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij. Als een wederpartij de andere partij iets hoorde verklaren en hij meende en mocht menen dat de verklaring, die hij vernam, overeenkwam met wat de verklarende partij wilde, dan komt het gerechtvaardigd vertrouwen van de luisterende partij tot wie de verklaring was gericht in de plaats van de ontbrekende wil van de verklarende partij. Het gaat bij het gerechtvaardigd vertrouwen om de vraag hoe deze luisterende persoon de verklaring heeft mogen opvatten. Er zitten dan ook twee kanten aan dit vertrouwen: een subjectieve kant (het gaat om deze persoon) en een objectieve kant (het gaat om hoe deze persoon gegeven de omstandigheden van het geval de verklaring mocht opvatten). Het systeem van wil en verklaring is in het burgerlijk wetboek in art. 3:33 en 3:35 opgenomen.

Aanbestedingsrecht

Wijkt het aanbestedingsrecht af van de regeling in het burgerlijk wetboek? Arbiters stellen het volgende voorop: in beginsel mag een aanbesteder ervan uitgaan dat gegevens aan hem verstrekt juist zijn. In de toelichting op art. 19 UAR 2001 wordt gesproken van een miscalculatie. Doet zich dat geval voor dan mag de inschrijver zich beroepen op art. 3:33 BW en komt er geen overeenkomst tot stand. Op die manier wordt voorkomen dat misbruik van een miscalculatie wordt gemaakt. Wanneer doet zich een miscalculatie voor? Arbiters zeggen daarover het volgende: als er een miscalculatie is, dan moet die voor iedereen kenbaar zijn. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat een komma verkeerd staat of een verkeerde optelling. Iets verder in de uitspraak gaan arbiters nogmaals in op het begrip miscalculatie. Doel en strekking van het aanbestedingsrecht, zo leggen arbiters uit, brengen bovendien mee dat aanpassing van de inschrijving slechts aan de orde kan zijn bij een voor een ieder kenbare omissie, waarbij bovendien correctie van de fout niet tot vervalsing van de concurrentie kan leiden. Een inschrijver die achteraf beseft ook minder scherp te hebben kunnen inschrijven om zich te kwalificeren voor het werk, moet zich niet lichtvaardig kunnen beroepen op gemaakte inschattingfouten. Het in het aanbestedingsrecht geldende gelijkheidsbeginsel verzet zich daartegen.

Vershil

Is er dus een verschil tussen BW en aanbestedingsrecht op dit punt? Voor zover er van een verschil in benadering tussen de wettelijke regeling van wil en verklaring en de manier waarop arbiters er mee omgaan gesproken kan worden, zit dat in het feit dat arbiters vooral het objectieve aspect van het leerstuk wil en vertrouwen benadrukken. Dat ligt ook voor de hand, omdat waar de wettelijke regeling uit gaat van zogenaamd één-op-één verkeer, het aanbestedingsrecht zich altijd afspeelt in concurrentie met anderen.

Had de aanbesteder nog onderzoek moeten verrichten naar de redenen die aan de lage inschrijving ten grondslag lagen, zoals door de inschrijver is gesteld? Een dergelijke onderzoeksplicht kan onder omstandigheden zowel naar het gewone recht als naar het aanbestedingsrecht op een van partijen rusten. Appellarbiters willen echter niet aan een dergelijke algemeen geformuleerde verplichting: wat er verder van zij, zo oordelen zij, deze stelling vindt geen steun in het recht.

Hoe loopt het feitelijk af in deze zaak? Voor de inschrijver slecht. Arbiters stellen vast dat in dit geval geen sprake is van een miscalculatie. Misschien was er sprake van een verkeerde beoordeling, maar dat is wat anders. Die verkeerde beoordeling moet dan ook voor rekening van de inschrijver blijven.

Prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis

Directeur Instituut voor Bouwrecht (IBR) en hoogleraar Bouwrecht TU Delft

Voor meer bouwrechtelijke actualiteiten, jurisprudentie, vakliteratuur en regelgeving zie de website van het IBR: www.ibr.nl/actueel.

Reactie RABC www.Bestekkennis.nl

n.a.v. art. in Cobouw over dit onderwerp (zaak 70.977) van Prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis

In deze zaak komt het er kortweg op neer dat de aanbesteder het verschil in prijs tussen laagste inschrijver en opvolger als sanctie declareert aan de terugtrekkende laagste inschrijver.

Deze handelwijze is door arbiters (onder voorwaarden) goedgekeurd.

Advies aan met name de inschrijvers: vraag voor terugtrekken dus eerst of aanbesteder dit wel opvat als een miscalculatie en als aanbesteder het daarover eens is dan is het in belang van beide partijen om naar de opvolger te gaan (en wordt er dus niets bij de laagste verhaalt).

Als er wel geld bij de laagste wordt verhaalt is de vertrouwenssfeer verpest voor een volgend werk waar de laagste straks wel serieus laagste is.

Het lijkt er daarom op dat in deze case de laagste eigenlijk gewoon niet serieus was maar per ongeluk laagste werd.

Ik ben wel heel benieuwd naar de inschrijfcijfers en wat de miscalculatie dan wel was.

Dat arbiters toegestemd hebben om het verschil tussen laagste en opvolger te laten betalen vind ik heel vreemd. Dan heeft de sanctie geen enkele relatie met de miscalculatie of met de eigen inschrijfsom en zou de sanctie ook 1 euro kunnen zijn.

Kortom ik vind de eis van aanbesteder wonderlijk maar die van arbiters ook. Mogelijk dat het betreffende bedrag een aanvaardbaar bedrag was in deze case maar dan zegt deze arbitrage weinig als richtlijn voor de toekomst omdat bij andere bedragen mogelijk een andere uitkomst was gedaan.

Als een aanbesteder zonodig een sanctie wil opleggen dan had hij dat ook vooraf kunnen melden.

In verleden(?) hadden sommige aanbesteders een (al dan niet verplichte) terugtreksanctie in het bestek staan.

Dan moest de terugtrekende, onafhankelijk van de oorzaak, een vaste boete betalen die in percentage gerelateerd was aan de eigen inschrijfsom.

Op die (dwingende) regeling bestaan ook bezwaren, te weten: je 'dwingt' dan via een omweg om een inschrijver het werk te laten maken terwijl die bijvoorbeeld door onkunde mogelijk niet in staat is dat werk uit te voeren en aanbesteder er beter aan had gedaan zonder sanctie de opvolger te kiezen. Als de sanctieregeling wordt omschreven als "kan" een sanctie worden opgelegd, is dat probleem uit de wereld. Deze regeling is voor een ieder helder en voorkomt dat iemand zich voor 1 euro terugtrekt en bevordert dat men serieus inschrijft.

(en we hebben een alinea extra in bestek maar minder arbitrages)

Ron Reijnders

RABC www.bestekkennis.nl