

verdeling bij gemeente. Gesteld was door de gemeente nog, ter wering van een mogelijke claim, dat in deze zaak belang gehecht moest worden aan het feit dat in casu de overeenkomst door de gemeente was gesloten, ter uitvoering van een besluit van het college van burgemeester en wethouders, en dus niet ter uitvoering van een besluit van de gemeenteraad en dat het nu juist de raad was die ging over het bestemmingsplan. De gemeenteraad zou het aldus – in die visie – vrijstaan om rechtsaf te slaan waar het college linksaf was overeenkomen. Dit betoog gaat niet op. Weliswaar is de bevoegdhedenverdeling bij de gemeente helder geregeld in de Gemeentewet en moet in een rechtsstaat groot gewicht worden toegekend aan een dergelijke bevoegheidsverdeling (zie HR 25 juni 2001, LjN BL5420) en aldus bezien zou terughoudendheid bepleit kunnen worden als het gaat om de gemeentelijke binding aan een bevoegdhedenovereenkomst. Toch is daarvoor geen reden. Immers de bevoegdhedenverdeling is als het gaat om het contracteren door de overheid 'intern van aard' en kan niet afdoen aan de civielrechtelijke gebondenheid aan overeenkomsten. In de memorie van antwoord bij de gemeentewet (*Kamerstukken I*, 27 751, nr. 10b) wordt op dit punt het volgende overwogen:

"Op grond van artikel 169, vierde lid, is het college zoals gezegd echter verplicht om voorafgaand aan het nemen van een besluit tot het verrichten van een of meer privaatrechtelijke rechtshandelingen met ingrijpende gevolgen voor de gemeente, de raad hierover in te lichten. Tevens moet het college de raad in de gelegenheid stellen zijn eventuele bezwaren ter zake aan het college kenbaar te maken. Indien het college echter verzuimt de bedoelde inlichtingen aan de raad te verstrekken of de door de raad geuite bezwaren naast zich neerlegt en de door hem beoogde privaatrechtelijke rechtshandeling verricht, dan is er naar mijn mening desalniettemin sprake van binding van de gemeente. Uiteraard kan de raad wel politieke consequenties verbinden aan het negeren door het college van de in artikel 169, vierde lid, neergelegde plicht om inlichtingen te verstrekken of aan het naast zich neerleggen door het college van zware bedenkingen van de raad tegen een bepaalde overeenkomst."

9. De vraag kan – mede in het licht van het voorgaande – nog wel gesteld worden: wat nu als niet de rechtspersoon – zoals in casu – de gemeente contracteert, maar alleen het bestuursorgaan? Gaat het arrest dan ook op? Immers in dat geval is niet de civielrechtelijke rechtspersoon de gemeente partij, zoals in dit geval, maar een bestuursorgaan. Het antwoord op deze vraag zal naar ik meen sterk afhangen van de bedoeling van partijen en het object van de afspraak. Indien partijen uitdrukkelijk hebben beoogd dat er a. geen civielrechtelijke overeenkomst tot stand komt, doch b. slechts een afspraak die invulling beoogt te geven aan het vertrouwensbeginsel ten aanzien van een te nemen c. appelabel besluit, ben ik geneigd deze 'vertrouwensafpraak' te plaatsen in de bestuursrechtelijke context

en louter de bestuursrechter 'bevoegd te achten' en de lijn te volgen van A-G en hof. In alle overige gevallen zal de lijn uit voormeld arrest gevolgd moeten worden. Ik merk hierbij op dat de beoordeling door de bestuursrechter en de civiele rechter wezenlijk anders is, zodat partijen belang kunnen hebben bij een bewuste keuze voor een 'vertrouwensafpraak' in plaats van een bevoegdhedenovereenkomst. Daar waar de bestuursrechter immers de belofte laat meewegen als onderdeel van de belangenafweging, stelt de civiele rechter de nakoming van de belofte voorop (zie hieromtrent C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige Overheidsbesluiten*, p. 155), en dat kan tot wezenlijk andere uitkomsten leiden.

10. De lessen die (ter voorkoming van onjuiste verwachtingen, schadeclaims en doorkruising van besluitvormingsprocessen), in de praktijk uit voormeld arrest getrokken kunnen en moeten worden zijn mijns inzien de volgende:

- Bevoegdhedenovereenkomsten worden in beginsel beheerst door het privaatrecht en dit recht wijkt louter (voor het bestuursrecht) indien en voor zover het besluitkarakter van een appellabel besluit aan onverkorte werking van het privaatrecht in de weg staat.
- Formuleer (daarom) als het gaat om een resultaat dat zijn neerslag moet krijgen in een besluit die afspraak steeds zodanig dat sprake is van een inspanningsverplichting. (Zie in dit kader mijn annotatie onder Rb. Amsterdam 11 augustus 2010, BR 2011/64).
- Formuleer helder voor welk orgaan de inspanningsverplichting geldt.
- Maak in de bevoegdhedenovereenkomst duidelijk welk orgaan bevoegd is tot het nemen van het besluit en óf dit orgaan zich (en waardoor) gebonden weet aan de overeenkomst (of niet).
- Neem een heldere regeling op als het gaat om aansprakelijkheden voor het geval het beoogde besluit niet of in gewijzigde vorm tot stand komt.
- Formuleer helder op welke wijze partijen met elkaar zullen omgaan nádat a. een besluit tot stand is gekomen dat afwijkt van de gemaakte afspraken óf b. nádat een genomen besluit gesneuveld is bij de bestuursrechter.

E.W.J. de Groot

## Aanbestedingsrecht

181

Rechtbank Arnhem (Voorzieningenrechter) 27 juli 2011, nr. 216819 / KG ZA 11-290  
(Mr. N.W. Huijgen)  
m.nt. H. Tummers<sup>1</sup>

LjN BR4770

<sup>1</sup> H. Tummers is senior adviseur aanbestedingen & bouw bij PurpleBlue.

**Wanneer had een inschrijving moeten worden ingediend om als geldig te worden aangemerkt? Niet alleen de inschrijving van eiseres, maar ook alle overige inschrijvingen zijn tijdig ingediend. Omdat eiseres niet de laagste prijs heeft geoffreerd (het gunningscriterium), zijn de opdrachten terecht aan een andere partij gegund. Voorde- ring afgewezen.**

(...)

### De feiten

2.1. Op 19 april 2011 is de Provincie door verzending van een tweetal aankondigingen van opdracht twee nationale openbare aanbestedingsprocedures gestart voor het onderhoud van wegmarkeringen. Eén aankondiging van opdracht betreft het 'Onderhoud markeringen 2011, Wegendistrict Gelderland Zuid, Werk 73620202-73620004'. De andere aankondiging van opdracht betreft het 'Onderhoud markeringen 2011, Wegendistrict Gelderland Noord, Werk 73620207-73620003'.

2.2. In de aankondiging van opdracht met betrekking tot de aanbesteding voor het onderhoud markeringen 2011, Wegendistrict Gelderland Zuid is onder meer het volgende opgenomen:

"IV.3.3) Voorwaarden voor de verkrijging van bestekken en aanvullende documenten of een beschrijvend document:

Termijn voor ontvangst van aanvragen voor documenten of voor toegang tot documenten:

23/05/2011 - 10:00

(...)

IV.3.4) Termijn voor ontvangst van inschrijvingen of deelnemingsaanvragen:

23/05/2011 - 10:00.

IV.3.8) Omstandigheden waarin de inschrijvingen worden geopend:

24/05/2011 - 10:00.

Plaats: Prinsenhof B, Prinsenhof 1 te Arnhem, kamer 1.9  
Personen die de opening van de inschrijvingen mogen bijwonen: ja.

Bestek 1830 en bestek 1843 worden gelijktijdig aanbesteed."

2.3. In de aankondiging van opdracht met betrekking tot de aanbesteding voor het onderhoud markeringen 2011, Wegendistrict Gelderland Noord is onder meer het volgende opgenomen:

"IV.3.3) Voorwaarden voor de verkrijging van bestekken en aanvullende documenten of een beschrijvend document:

Termijn voor ontvangst van aanvragen voor documenten of voor toegang tot documenten:

23/05/2011

(...)

IV.3.4) Termijn voor ontvangst van inschrijvingen of deelnemingsaanvragen:

23/05/2011

IV.3.8) Omstandigheden waarin de inschrijvingen worden geopend:

24/05/2011

Plaats: gebouw Prinsenhof B, Prinsenhof 1 te Arnhem, kamer 1.9

Personen die de opening van de inschrijvingen mogen bijwonen: ja.

Bestek 1830 en bestek 1843 worden gelijktijdig aanbesteed."

2.4. Op beide aanbestedingen is het Aanbestedingsreglement Werken 2005 (ARW 2005) van toepassing verklaard. Als gunningscriterium geldt in beide gevallen de laagste prijs.

2.5. Zowel het bij de onder 2.2 genoemde aanbesteding behorende bestek 'Bestek 1843, Wegendistrict Gelderland Zuid, Onderhoud Markeringen 2011' (hierna: bestek 1843) als het bij de onder 2.3 genoemde aanbesteding behorende bestek 'Bestek 1830, Wegendistrict Gelderland Noord, Onderhoud Markeringen 2011' (hierna: bestek 1830) bevat onder punt '0.06 Aanbesteden' een nagenoeg identieke bepaling, luidende:

"Bestek 1843 en bestek 1830 worden gelijktijdig aanbesteed.

Bestek 1843, Onderhoud markeringen 2011, Wegendistrict Gelderland Zuid,

Bestek 1830, Onderhoud markeringen 2011, Wegendistrict Gelderland Noord

Let op dat op de enveloppen het besteksnummer duidelijk leesbaar staat aangegeven.

1. In gebouw Prinsenhof B, Prinsenhof 1 te Arnhem, kamer 1.9 op dinsdag 24 mei 2011 om 10:00 uur, volgens het Aanbestedings Reglement Werken 2005 (ARW 2005)
2. In aanvulling op artikel 2.18.1 van het ARW 2005 is het de inschrijver niet toegestaan om zijn inschrijving per fax of via internet aan te bieden. Als zodanig aangeboden inschrijvingen zullen door de aanbesteder als niet ontvankelijk worden bestempeld.
3. In aanvulling op artikel 2.18.6 van het ARW 2005 is een inschrijver gerechtigd op het in de bekendmaking vermelde adres zelf de inschrijving in de daarvoor bestemde afgesloten bus te deponeren."

2.6. Dega heeft haar beide inschrijvingen op 23 mei 2011 om 10.00 uur aangeboden in gebouw B van de Provincie.

2.7. Bij brief van 25 mei 2011 heeft de heer [betrokene 1] namens Dega onder meer het volgende aan de Provincie bericht:

"Dinsdag 24 mei heeft zowel de aanbesteding plaatsgevonden van bestek 1830 Onderhoud markeringen 2011

WGN als van bestek 1843 Onderhoud markeringen 2011 Wegendistrict Gelderland Zuid.

De inschrijvingen van alle inschrijvers voor deze aanbestedingen zijn door inschrijvers ingediend op dinsdag 24 mei 2011, met uitzondering van onze inschrijvingen. Wij hebben voor beide aanbestedingen onze inschrijvingen, conform de aankondigingen op 23 mei voor 10.00 uur ingediend. In de aankondigingen staat vermeld dat van beide bestekken de inschrijvingen op 23 mei 2011 moet worden ingediend en dat de aanbesteding van beide bestekken plaatsvindt op 24 mei 2011. Conform 2.4 van het ARW 2005 dient de aanbestedende dienst de termijn van ontvangst van inschrijvingen in de aankondiging te vermelden. Het is een in onze ogen niet ongebruikelijke gang van zaken dat de termijn van ontvangst van inschrijvingen en de omstandigheden waarin de inschrijvingen worden geopend, ofwel de aanbesteding, op verschillende tijdstippen plaatsvindt. Wij concluderen dat wij correct hebben ingeschreven en dat de inschrijvingen van overige inschrijvers niet voldoen aan de eisen zoals gesteld in 2.25.1 van het ARW 2005 en daarom ongeldig zijn. Wij gaan er van uit dat u in uw gunningsbeslissing op grond van bovenstaande tot dezelfde conclusie komt."

2.8. Bij twee brieven van 26 mei 2011 heeft de heer ing. [betrokkene 2], afdelingsmanager Beheer en Onderhoud, namens de Provincie onder meer aan Dega bericht dat met betrekking tot bestek 1843 de Provincie het voornemen heeft te gunnen aan Track Line B.V. te Leerdam en dat met betrekking tot bestek 1830 de Provincie het voornemen heeft te gunnen aan Nederlandse Wegen Markeerbedrijf te Oosterwolde.

2.9. Mr. R.G.T. Bleeker, kantoorgenoot van de in deze kort gedingprocedure ter zitting verschenen advocaat van Dega, mr. J.S.O. den Houting, heeft bij brief van 26 mei 2011 onder meer het volgende aan de Provincie bericht:

"In de aankondiging van beide aanbestedingen is (conform het voorgeschreven model B bij het toepasselijke ARW 2005) onderscheid gemaakt tussen de termijn voor ontvangst van de inschrijvingen en de termijn voor opening van de inschrijvingen (IV.3.4 en IV.3.8). Conform het ARW dienen de inschrijvingen uiterlijk te worden ingediend op 'het tijdstip voor de ontvangst van de inschrijvingen', bij gebreke waarvan de inschrijving ongeldig is (artikel 2.18.7). De termijn voor ontvangst van de inschrijvingen is krachtens beide aankondigingen 23 mei 2011. Aangezien op die dag uitsluitend de inschrijvingen van Dega zijn ontvangen, zijn alle overige inschrijvingen ongeldig. Daaraan doet niet af, dat in het bestek de datum van inschrijving niet is vermeld, maar alleen de datum van aanbesteding. Op grond van het ARW is de 'aanbesteding' namelijk slechts het moment van opening van de inschrijvingen (zie artikel 2.24). Het bestek bevat dus geen afwijking, maar een bevestiging van de aankondiging. Op grond van het bovenstaande verzoek ik u namens Dega om de overige inschrijvingen ongeldig te ver-

klaren, bij gebreke waarvan Dega rechtsmaatregelen zal overwegen."

### 3. Het geschil

3.1. Dega vordert dat de Provincie op straffe van een dwangsom van € 100 000: primair wordt verboden de opdrachten voor de bestekken 1830 en 1843 te verstrekken aan derden, subsidiair wordt geboden de opdrachten voor de bestekken 1830 en 1843 opnieuw openbaar aan te besteden. Tevens vordert Dega dat de Provincie wordt veroordeeld in de kosten van deze procedure.

3.2. Dega legt kort gezegd het volgende aan haar vorderingen ten grondslag. Op grond van beide aankondigingen van opdracht moest een inschrijving uiterlijk op 23 mei 2011 worden ingediend. Dega heeft als enige aan deze eis voldaan. Alle overige inschrijvers hebben hun inschrijving te laat, want op 24 mei 2011 ingediend. Het is vaste rechtspraak dat te laat ingediende inschrijvingen ongeldig zijn en ter zijde moeten worden gelegd. De Provincie heeft desondanks de opdrachten voorlopig gegund aan twee 'te late' inschrijvers. Dit is onrechtmatig jegens Dega.

3.3. De Provincie voert gemotiveerd verweer waarop, voor zover van belang, hierna zal worden ingegaan.

### 4. De beoordeling

4.1. Het spoedeisend belang vloeit voort uit de stellingen van Dega.

4.2. De vraag die in dit kort geding dient te worden beantwoord is, of Dega in de door de Provincie gestarte aanbestedingsprocedures als enige een geldige inschrijving heeft gedaan. In dit verband spitst het geschil zich met name toe op de vraag wanneer een inschrijving had moeten worden ingediend om als geldig te kunnen worden aangemerkt. Volgens Dega was dit op 23 mei 2011 om 10.00 uur, althans in ieder geval op 23 mei 2011, volgens de Provincie was dit op 24 mei 2011 om 10.00 uur, direct voorafgaande aan het moment waarop de aanbestedingen feitelijk plaatsvonden. Hoewel de Provincie in deze kort gedingprocedure ook de geldigheid van de inschrijving van Dega ter discussie heeft gesteld, zal de voorzieningenrechter eerst ingaan op deze vragen.

4.3. Voorop wordt gesteld dat aan het Nederlandse aanbestedingsrecht, waartoe het ARW 2005 behoort, de bepalingen van het vrije verkeer uit het EG-Verdrag ten grondslag liggen en het daarvan afgeleide gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel. Daarom is de invulling die het Hof van Justitie van de Europese Unie, voorheen het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) aan die beginselen geeft, maatgevend.

4.4. Volgens jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie moet een aanbestedende dienst het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers respecteren. Dat beginsel beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een opdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes ge-

dane voorstel dezelfde kansen krijgen. Het betekent dus dat voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden. Het transparantiebeginsel heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn (vgl. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99 P (*Succhi di Frutta*)). Langs deze lijnen zal het onderhavige geschil dan ook mede worden beoordeeld.

4.5. Voorts is van belang dat in zijn algemeenheid geldt dat de aanbestedingsstukken en de daarin genoemde eisen dienen te worden gelezen in het licht van de gehele tekst van de aankondiging van opdracht, het bestek en de daarbij behorende bijlagen. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin die aankondiging van opdracht, het bestek en de daarbij behorende bijlagen zijn gesteld.

4.6. In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat beide aankondigingen van opdracht op zichzelf maar ook ten opzichte van elkaar enkele onduidelijkheden bevatten. Zo vermeldt de aankondiging van opdracht voor bestek 1843 in artikel IV.3.4 als termijn voor ontvangst van inschrijvingen '23 mei 2011, 10.00 uur', terwijl de aankondiging van opdracht voor bestek 1830 in artikel IV.3.4 als termijn voor ontvangst van inschrijvingen vermeldt '23 mei 2011' (zie 2.2 en 2.3). Een soortgelijk verschil tussen beide aankondigingen van opdracht is waarneembaar in artikel IV.3.8, waar het gaat om de omstandigheden waarin de inschrijvingen worden geopend. In de aankondiging van opdracht voor bestek 1843 is genoemd '24 mei 2011, 10.00 uur', terwijl in de aankondiging van opdracht voor bestek 1830 is genoemd '24 mei 2011'. Voorts vermelden beide aankondigingen van opdracht niet de locatie waar de inschrijvingen worden ontvangen. Ten slotte is in beide aankondigingen van opdracht in artikel IV.3.3 opgenomen dat de termijn voor ontvangst van aanvragen voor documenten of voor toegang tot documenten '23 mei 2011' is, waarbij de aankondiging van opdracht voor bestek 1843 wel, en de aankondiging van opdracht voor bestek 1830 niet het tijdstip van 10.00 uur vermeldt.

4.7. De hiervoor geciteerde bepalingen dienen echter te worden gelezen in samenhang met de in dit kader relevante en in beide bestekken opgenomen bepaling 0.06 (zie 2.5). Zij vormen tezamen één onlosmakelijk geheel. In punt 0.06 van zowel bestek 1843 als bestek 1830 is onder meer opgenomen dat beide bestekken gelijktijdig worden aanbesteed en dat dit zal geschieden in gebouw Prinsenhof B, Prinsenhof 1 te Arnhem, kamer 1.9 op dinsdag 24 mei 2011 om 10.00 uur. Voorts wordt in punt 0.06 van beide bestekken een link gelegd met het ARW 2005. Meer in het bijzonder wordt een aanvulling gegeven op een tweetal bepalingen

uit het ARW 2005. Deze bepalingen, artikel 2.18.1 en 2.18.6, zijn in het ARW 2005 geplaatst onder het kopje 'inschrijving'. Daarmee is in punt 0.06 van beide bestekken een direct verband gelegd met het moment waarop een inschrijving moet worden ingediend. Lid 2 van punt 0.06 van beide bestekken bepaalt dat in aanvulling op artikel 2.18.1 van het ARW 2005 — dat bepaalt dat de aanbesteding geschiedt bij inschrijving — het de inschrijver niet is toegestaan om zijn inschrijving per fax of via internet aan te bieden. Als zodanig aangeboden inschrijvingen zullen door de aanbesteder als niet-ontvankelijk worden bestempeld. Lid 3 van punt 0.06 van beide bestekken bepaalt dat in aanvulling op artikel 2.18.6 van het ARW 2005 ('Een inschrijver dient zijn inschrijving in op het in de aankondiging vermelde inschrijvingsadres. De aanbesteder bewaart de inschrijvingen op een plaats die slechts voor bevoegden toegankelijk is') een inschrijver gerechtigd is op het in de bekendmaking vermelde adres zelf de inschrijving in de daarvoor bestemde afgesloten bus te deponeren. Omdat in punt 0.06 van beide bestekken tevens is bepaald dat de aanbesteding zal geschieden in gebouw Prinsenhof B, Prinsenhof 1 te Arnhem, kamer 1.9 op dinsdag 24 mei 2011 om 10.00 uur, moet het naar het oordeel van de voorzieningenrechter voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver, waartoe ook Dega kan worden gerekend, voldoende duidelijk zijn geweest dat de inschrijvingen op 24 mei 2011, direct voorafgaande aan het moment waarop de aanbestedingen plaatsvonden, hadden moeten worden ingediend. De onder 4.6 gesignaleerde onduidelijkheden worden derhalve weggenomen wanneer zij worden gelezen in samenhang met de in dit kader relevante en in beide bestekken opgenomen bepaling 0.06.

4.8. Dat een inschrijving reeds op 23 mei 2011 had moeten worden ingediend, zoals Dega stelt, ligt ook niet voor de hand, in aanmerking nemende dat in artikel IV.3.3 van beide aankondigingen van opdracht is bepaald dat 23 mei 2011 de termijn is voor ontvangst van aanvragen voor documenten of voor toegang tot documenten. In ieder geval had het op de weg van Dega gelegen om hierover vragen te stellen aan de Provincie. Dit heeft zij echter niet gedaan.

4.9. Verder is van belang dat ook de overige inschrijvers geen vragen hebben gesteld over eventuele onduidelijkheden in de beide aankondigingen van opdracht. Integendeel, zij hebben allemaal hun inschrijving ingediend op 24 mei 2011, direct voorafgaande aan het moment waarop de aanbestedingen plaatsvonden. Dega is de enige partij die haar inschrijvingen reeds op 23 mei 2011 bij de Provincie heeft aangeboden. Hieruit kan worden afgeleid dat alle inschrijvers behalve Dega de aanbestedingsstukken op dezelfde — juiste — wijze hebben geïnterpreteerd. Ook volgt hieruit dat de onduidelijkheden in de beide aankondigingen van opdracht bij de overige inschrijvers niet hebben geleid tot onzekerheid over het moment waarop een inschrijving bij de Provincie moest worden ingediend. Bovendien staat vast dat de Provincie verrast was door de komst van Dega op 23 mei 2011 en dat de inschrijvingen van Dega niet in de daarvoor bestemde afgesloten bus konden worden gedeponeerd, omdat die bus op dat moment nog niet klaarstond.

Hieruit volgt dat het ook de bedoeling van de Provincie was dat alle inschrijvingen op 24 mei 2011 zouden worden ingediend. Ter zitting heeft de Provincie in dit verband opgemerkt dat de in de aankondigingen van opdracht opgenomen termijn voor ontvangst van inschrijvingen of deelnameaanvragen (23 mei 2011) is te beschouwen als een kennelijke verschrijving. Tijdens het invullen van de verschillende data in de aankondigingen van opdracht is namelijk op de computer een verkeerde datum aangeklikt.

4.10. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de inschrijvingen met betrekking tot de aanbestedingen voor het onderhoud van wegmarkeringen van de Provincie (bestek 1843 en bestek 1830) op 24 mei 2011, direct voorafgaande aan het moment waarop de aanbestedingen feitelijk plaatsvonden, hadden moeten worden ingediend. Dit betekent dat niet alleen de inschrijvingen van Dega, maar ook alle overige inschrijvingen tijdig bij de Provincie zijn ingediend. Omdat vaststaat dat Dega in beide aanbestedingsprocedures niet de laagste prijs heeft geoffreerd, heeft de Provincie terecht de opdrachten aan een andere partij gegund. De vorderingen van Dega moeten daarom worden afgewezen. De vraag of Dega een geldige inschrijving heeft gedaan kan daarmee onbesproken blijven.

4.11. Dega zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld.

(Enz., enz., Red.)

#### Noot

1. In deze zaak ging het erom dat een inschrijver van mening was dat alle overige inschrijvers te laat waren met hun inschrijving en daarom deze inschrijvingen ongeldig moesten worden verklaard. In de aankondiging van de openbare aanbestedingsprocedure was namelijk voor de datum van inschrijving een andere dag vermeld dan voor de datum van aanbesteding. Eiser had, kennelijk afgaande op de tekst van de aankondiging, zijn inschrijving op de gepubliceerde inschrijvingsdatum afgegeven bij de aanbestedende dienst. De overige inschrijvers hadden pas (een dag later) op de aanbestedingsdatum de inschrijfstukken ingediend. Eiser vordert een verbod de opdrachten te verstrekken aan derden.

2. De rechtbank wijst echter (onder verwijzing naar de *Succhi di Frutta*-uitspraak toetsend aan het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel) de vordering van eiser af. De rechtbank is niet van mening dat de tekst van de aankondiging doorslaggevend is voor de vraag wanneer uiterlijk de inschrijving moet zijn ingediend. Sterker nog, de rechtbank is van mening dat 'in zijn algemeenheid geldt dat de aanbestedingsstukken en de daarin genoemde eisen dienen te worden gelezen in het licht van de gehele tekst van de aankondiging van opdracht, het bestek en de daarbij behorende bijlagen'. De rechtbank vindt verder steun in verschillende inschrijfbepalingen in de bestekken zelf zoals het feit dat beide bestekken tegelijk worden aanbesteed, dat de aanbesteding van beide bestekken op dezelfde dag en tijdstip en in dezelfde kamer plaatsvindt en dat in de bestekken onder het kopje 'Aanbesteden' aanvul-

lingen zijn opgenomen op de inschrijvingsbepalingen uit het ARW 2005. De rechtbank overweegt ook dat (kennelijk daarom) alle overige inschrijvers de aanbestedingsstukken op dezelfde wijze hebben geïnterpreteerd zodat er kennelijk geen onzekerheid was over het moment van inschrijving. Zelfs het feit dat de aanbestedende dienst verrast was door de komst van eiser en dat de inschrijvingen van eiser niet in de daarvoor bestemde afgesloten bus konden worden gedeponeerd, omdat die bus op dat moment nog niet klaarstond, brengt voor de rechtbank de conclusie met zich mee dat het ook de bedoeling was dat alle inschrijvingen op de dag van aanbesteding zouden worden ingediend en dat eiser dat had kunnen weten.

3. Hoewel deze uitspraak niet op zichzelf staat (Rb. Dordrecht (vzr.) deed reeds op 27 augustus 2009 in grote lijnen een vergelijkbare uitspraak, *LJN BJ6211*. Zie ook Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 9 oktober 2008, *LJN BG1216*), heb ik er echter moeite mee wanneer deze lijn in de jurisprudentie zich verder ongenueanceerd voortzet. De praktijk van een aanbestedingsprocedure is voor inschrijvers soms al ingewikkeld genoeg met aankondigingen waarin geen, weinig of tegenstrijdige informatie staat, met aanbestedingsdocumenten die niet aansluiten op de inhoud van de aankondiging (en soms zelfs niet het toepasselijke aanbestedingsreglement), last minute-wijzigingen in verschillende nota's van inlichtingen en vaak ook grote tijdsdruk vanwege minimale termijnen om vragen te stellen of inschrijvingen te verzorgen. Het is dan ook alleszins begrijpelijk dat inschrijvers afgaan op de inhoud van de aankondiging. Immers, de tekst van het ARW 2005 en de daarbij behorende modelaankondigingen zijn duidelijk. Het ARW 2005, dat ook op deze aanbestedingsprocedure van toepassing was verklaard, brengt namelijk op verschillende manieren een knip aan tussen de indiening van de inschrijving (art. 2.18 ARW 2005) en de aanbesteding (het moment van opening van de inschrijvingen, art. 2.24 ARW 2005). Daarmee wordt benadrukt dat inschrijving en aanbesteding op twee verschillende tijdstippen kunnen plaatsvinden, hoewel dat in de praktijk niet altijd het geval is en veel partijen zich ook het verschil niet altijd realiseren. Deze knip is verder ook zichtbaar in de aankondigingsmodellen van het ARW 2005 waarin een datum moet worden ingevuld voor de termijn voor ontvangst van de inschrijving en ook een datum waarop de inschrijvingen worden geopend (de aanbesteding). De inschrijf- en aanbestedingsdatum worden via de aankondiging bekendgemaakt door de aanbestedende dienst. De aankondiging van een aanbestedingsprocedure is blijkens het ARW 2005 immers het centrale punt waar de aanbestedende dienst communiceert over de eisen aan de aanbesteding en het verloop van de procedure zelf (art. 2.3 ARW 2005).

4. In tegenstelling tot de gedetailleerde regeling in het ARW 2005 is de tekst van het Bao opvallend sober met voorschriften met betrekking tot inschrijving en aanbesteding. Er staat namelijk niets hierover vermeld. In de bijbehorende modellen van aankondigingen (bijlage 4 Bao) wordt wel weer een duidelijk onderscheid gemaakt tussen het tijdstip van indiening van de inschrijving en het tijdstip

van aanbesteding. Ook in de literatuur wordt aangenomen dat de sluiting van de inschrijvingstermijn gevolgd wordt door het moment van aanbesteding waarin de aanbestedende dienst kennis neemt van de inschrijvingen (Pijnacker Hordijk, *Aanbestedingsrecht* 2009 (vierde druk), p. 367). Het is dan ook gezien het voorgaande alleszins begrijpelijk dat partijen afgaan op de tekst van de aankondiging voor wat betreft de data en tijdstippen van inschrijving en aanbesteding. Het ARW 2005 schrijft immers nergens dat deze informatie ook in andere aanbestedingsdocumenten kan zijn vermeld en dat partijen daar alert op moeten zijn.

5. Feit blijft dat in deze specifieke aanbestedingsprocedure de betreffende aanbestedende dienst een verkeerde datum voor inschrijving in de aankondiging heeft opgenomen. Dat kan als een kennelijk typefout worden aangemerkt. Maar de inschrijvingsdata zijn niet één keer, maar zelfs twee keer onjuist en ook deels incompleet vermeld. De aanbestedingsdata in de bestekken weken ook niet af van de aanbestedingsdata zoals vermeld in de aankondigingen. Daarin had eiser dus ook geen aanleiding hoeven te zien om extra alert te zijn en vragen te stellen. Het past immers in de knip tussen het tijdstip van inschrijving en het tijdstip van aanbesteding zoals die in het ARW 2005 is opgenomen. De rechter vraagt van de inschrijvers wel bijzonder veel kritisch vermogen, alertheid en paraatheid. Inschrijver mag daarentegen van de aanbestedende dienst een bepaalde mate van zorgvuldigheid verwachten voor wat betreft het verstrekken van cruciale informatie bij aanbestedingen zoals het tijdstip van inschrijving en een secure formulering ervan in aankondigingen en aanbestedingsdocumenten. Het feit dat de inschrijfbus niet klaarstond en alle andere inschrijvers een dag later kwamen, kon de eiser in deze zaak niet weten. Hij was immers afgegaan op de informatie zoals deze door de aanbestedende dienst was gepubliceerd. Uiteraard moeten inschrijvers na zorgvuldige bestudering van de aanbestedingsstukken vragen stellen over eventueel aangetroffen tegenstrijdigheden en onduidelijkheden maar mede in het licht van veelal krappe inschrijftermijnen, gecombineerd met een grote hoeveelheid aan te leveren inschrijfstukken kan ik mij voorstellen dat de balans tussen onderzoeksplicht bij inschrijvers en zorgvuldigheid bij aanbestedende dienst nog wel eens ten onrechte in het nadeel kan uitvallen van de inschrijvers. In deze uitspraak wordt de onzorgvuldige wijze waarop de aanbestedende dienst de aankondiging heeft ingevuld nauwelijks ter discussie gesteld, zodat daar ook geen lerend effect voor de aanbestedende dienst uit voortkomt. Het zou jammer zijn wanneer rechters onvoldoende kritisch zijn over een gebrek aan zorgvuldigheid en proportionaliteit waarmee een aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure is gestart.

*H. Tummers*