

## Advies 82

### 1. Feiten

1.1 Beklaagde heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure gehouden, als bedoeld in artikel 2.26 Aanbestedingswet, voor het in de periode maart 2014 tot en met februari 2016 op afroep en naar behoefte verrichten van ingenieursdiensten ten behoeve van haar gemeentelijk ingenieursbureau.

1.2 De opdracht is verdeeld in drie percelen, te weten Wegenbouw, Waterbouw en Kunstwerken.

1.3 Het voorblad van de aanbestedingsleidraad vermeldt:

*'Aanbesteding: Inschrijving op 17 januari 2014 voor 11.00 uur'.*

In hoofdstuk 2 'Indienen Inschrijvingen' van de leidraad, is op bladzijde 7 bepaald:

*'De inschrijvingsmap dient in een gesloten envelop te worden aangeleverd met in de linkerbovenhoek de tekst: "Aanbesteding Ingenieursdiensten Rotterdam; Procedurenr. 1-005-14;*

*De Inschrijving kan per post worden verzonden aan:*

*Stadsontwikkeling Rotterdam*

*Afdeling Aanbestedingszaken*

*Postbus 6633*

*3002 AP Rotterdam*

*Of worden afgegeven bij:*

*Afdeling Aanbestedingszaken*

*Kamer 13.68*

*Galvanistraat 15,*

*3029 AD Rotterdam*

*De inschrijver draagt bij verzending per post het risico voor tijdige ontvangst in goede orde door de aanbestedende dienst op bovengenoemd adres.'*

1.4 De aanbesteding is een week uitgesteld, zodat de inschrijvingen op 24 januari 2014 voor 11.00 uur in het bezit van beklagde moesten zijn.

1.5 Op de morgen van de aanbesteding heeft beklagde in de hal van haar kantoor aan de Galvanistraat 15 te Rotterdam een aanbestedingsbus opgesteld met daarop het procedurenummer van de onderhavige aanbesteding, alsmede een toelichting "wat te doen" indien de inschrijving te groot was voor de bus.

1.6 De bus is op het moment van de aanbesteding niet weggehaald en evenmin is toen de gleuf afgesloten waardoor de inschrijvingen in de bus moesten worden gedeponeerd.

1.7 Blijkens het daarvan door beklagde opgemaakte proces-verbaal zijn bij deze aanbesteding, zonder vergadering, 31 inschrijvingen ingekomen. 25 inschrijvingen hadden betrekking op perceel 1. Op de percelen 2 en 3 zijn 15, respectievelijk 10 inschrijvingen gedaan.

- 1.8 Alle in het proces verbaal genoemde inschrijvingen zijn ingediend door die af te geven op de in de leidraad genoemde kamer van de afdeling aanbestedingszaken.
- 1.9 Bij brief van 31 januari 2014 bericht beklagde aan klager dat zij klagers inschrijving eerst op 27 januari 2014 heeft ontvangen. Bij deze brief retourneert beklagde klagers inschrijving.
- 1.10 Alleen ten aanzien van de inschrijving van klager heeft beklagde geoordeeld dat die niet tijdig is ingediend.
- 1.11 Klager heeft bij brief van 7 februari 2014 een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van beklagde.
- 1.12 Bij brief van het klachtenmeldpunt van beklagde aan klager van 18 februari 2014, heeft het klachtenmeldpunt de klacht afgewezen. Daarop heeft beklagde bij brief van 20 februari 2014 aan klager bericht, haar besluit te handhaven om klagers inschrijving niet in behandeling te nemen. Daarbij is gesteld dat, indien klager daartegen in rechte wenst op te komen, zij dat dient te doen door binnen 20 dagen een kort geding aanhangig te maken.
- 1.13 Bij e-mailbericht van 21 februari jl. heeft klager aan beklagde aangegeven, af te zien van verdere juridische stappen, maar de klacht wel te zullen voorleggen aan de Commissie van Aanbestedingsexperts. Dat is diezelfde dag gebeurd.
- 1.14 Met het oog op de behandeling van de klacht heeft de Commissie aan partijen bij e-mailbericht van 18 maart 2014 nog enkele vragen aan partijen gesteld, welke tijdig door hen zijn beantwoord.

## **2. Beschrijving klacht**

- 2.1 Uit hetgeen is gesteld in het klachtenformulier en de daarbij behorende brief van 7 februari 2014, begrijpt de Commissie dat de klacht in wezen uit de volgende twee onderdelen bestaat.
- 2.2 (Klachtonderdeel 1) Beklaagde heeft zich niet aan haar eigen leidraad gehouden door, naast de in de leidraad omschreven wijzen van indiening van de inschrijvingen, in de hal een bus te plaatsen waarin de inschrijvingen konden worden gedaan. Omdat klager haar inschrijving heeft gedaan met gebruikmaking van de bus, zouden andere inschrijvers daartegen bezwaar kunnen maken, waar die niet is ingediend op een in de leidraad voorgeschreven wijze.
- 2.3 (Klachtonderdeel 2) Beklaagde heeft onzorgvuldig gehandeld door om 11.00 uur de bus niet af te sluiten of weg te halen, door geen ontvangstbewijzen in de hal af te geven en door de bus door één persoon te laten legen. Het is aan klager om te bewijzen dat haar inschrijving tijdig door beklagde is ontvangen, maar door het onzorgvuldig handelen van beklagde is het klager niet mogelijk is om dat bewijs te leveren. Dit, terwijl haar medewerker tijdig in het gebouw aanwezig was.
- 2.4 De Commissie noteert overigens dat klager, in de bij het klachtenformulier behorende brief van 7 februari 2014, stelt dat, omdat beklagde de bus niet om 11.00 uur heeft afgesloten, beklagde dient te bewijzen dat zij de inschrijving van klager te laat heeft ontvangen. Dit is evenwel niet mogelijk omdat de bus nog toegankelijk was, omdat in de hal geen ontvangstbewijzen zijn afgegeven en omdat geen camerabeelden zijn bewaard.

### **3. Onderbouwing klacht**

Een medewerker van klager was met klagers inschrijving tijdig in de hal van het gebouw aanwezig en heeft die toen in de bus gedaan. Op dat moment was achter die medewerker van klager een andere inschrijver aanwezig. Zijn inschrijving paste niet in de bus. Daarom is die andere inschrijver doorverwezen naar de kamer van de afdeling aanbestedingszaken. Omdat die inschrijver zijn inschrijving blijkbaar nog op tijd heeft ingeleverd, moet de medewerker van klager, klagers inschrijving tijdig in de bus hebben gedaan. Klager moet erop kunnen vertrouwen dat aanbesteder zorgvuldig handelt, en dat de kansen van inschrijvers niet door onzorgvuldigheid van de aanbesteder worden beïnvloed.

### **4. Aangedragen suggestie(s) tot het verhelpen van de klacht**

Klager stelt voor haar klacht op te lossen door een heraanbesteding van de opdracht te laten plaatsvinden.

### **5. Reactie beklaagde**

#### **5.1 Ten aanzien van de behandeling van de klacht door de Commissie**

5.1.1 In haar reactie d.d. 20 maart 2014 verzoekt beklaagde de Commissie om de klachten niet in behandeling te nemen. Daartoe voert zij de volgende gronden aan.

5.1.2 Beklaagde stelt in de eerste plaats dat klager geen belang heeft bij haar klachten, omdat die zich beperken tot beweerdelijke procedurele tekortkomingen, maar niet beklagdes besluit betreffen om klagers inschrijving – wegens te late indiening - ongeldig te verklaren.

5.1.3 In de tweede plaats betwijfelt beklaagde of de Commissie in dit geval wel een effectieve rol kan vervullen. Dit, omdat klager bij e-mailbericht van 21 februari 2014 aangeeft, geen verdere juridische stappen tegen beklaagde te zullen nemen. De klacht heeft een incidenteel karakter en met de behandeling van de klacht lijkt het nastreven van de doelen van de Commissie onvoldoende te kunnen worden gediend.

5.2 (Klachtonderdeel 1) Met betrekking tot klachtonderdeel 1 stelt beklaagde, dat zij door het plaatsen en openstellen van een aanbestedingsbus voor de ontvangst van inschrijvingen - naast de in de selectieleidraad vermelde wijzen waarop inschrijvingen kunnen worden ingediend – niet onrechtmatig of anderszins klachtwaardig heeft gehandeld ten opzichte van klager of enige ander inschrijver. Daarbij wijst beklaagde erop dat het in de Nederlands aanbestedingspraktijk alleszins gebruikelijk is om met een bus te werken voor het indienen van inschrijvingen. Onjuist is dus dat andere inschrijvers zich erover zouden kunnen beklagen dat beklaagde inschrijvingen in aanmerking neemt welke tijdig in de aanbestedingsbus zijn gedeponeerd.

5.3 (Klachtonderdeel 2) Over klachtonderdeel 2 stelt beklaagde dat klager had kunnen kiezen voor indiening van haar inschrijving bij de kamer van de afdeling aanbestedingszaken, tegen overlegging van een ontvangstbewijs, maar dat zij zelf gekozen heeft voor indiening van haar inschrijving in de aanbestedingsbus. Dat zij daarbij geen ontvangstbevestiging zou krijgen en als gevolg daarvan nu niet kan aantonen op welk tijdstip zij haar inschrijving heeft ingediend, komt voor haar risico. Het is – zoals klager heeft gesteld – correct dat de bewijslast inzake de tijdige ontvangst

van een inschrijving steeds op de inschrijver rust. Het feit dat de bus na 11.00 uur niet was afgesloten, kan niet aan beklagde worden tegengeworpen, in die zin dat daaruit een vermoeden van tijdigheid zou kunnen worden gedestilleerd. Er is geen grond om beklagde te belasten met het bewijs dat klager niet op tijd was. Klager heeft niet bewezen dat haar inschrijving tijdig is ingediend.

- 5.4 In verband met dit klachtonderdeel stelt beklagde nog dat een medewerkster van haar enkele minuten voor het tijdstip van de aanbesteding naar de aanbestedingsbus in de hal is gegaan. Zij heeft gewacht tot 11.00 uur en daarna de bus aan de achterzijde geopend en deze gecontroleerd; er bleken geen inschrijvingen in te zitten. Beklagde legt in dat verband een verklaring van die medewerkster over. Deze medewerkster heeft na de controle van de bus vergeten de inworpopening van de bus af te sluiten en het bord met het besteknummer van de bus te verwijderen. Hierdoor was het mogelijk om ook na 11.00 uur een inschrijving in de bus te deponeren.
- 5.5 Beklagde handhaaft haar besluit tot ongeldigverklaring van klagers inschrijving en verzoekt de klachten ongegrond te verklaren.

## **6. Beoordeling van de klacht**

### **6.1 Ten aanzien van de behandeling van de klacht**

6.1.1 Wat betreft de eerste grond gaat beklagde eraan voorbij dat klager in het onderdeel "De Klacht" van het klachtenformulier, meteen verwijst naar haar brief van 7 februari 2014 aan klager. Waar zij al in de eerste alinea's van die brief uitdrukkelijk bezwaar maakt tegen het door beklagde niet in behandeling nemen van haar inschrijving, wegens de door beklagde gestelde niet tijdige ontvangst, was niet nodig dat zij dat bezwaar nog eens uitdrukkelijk herhaalde bij de omschrijving van haar klacht in het klachtenformulier. Daarbij komt, dat uit hetgeen zij in dat formulier als klacht heeft omschreven, ook impliciet volgt dat het klager gaat om het door beklagde niet willen accepteren van haar inschrijving.

6.1.2 Wat betreft de tweede grond geldt het volgende. Ook al zou beklagde de procedure voortzetten zonder het advies van de Commissie te willen afwachten, daarbij wetende dat klager geen kort geding aanhangig zal maken, dan nog wordt met behandeling van de klacht een doel van de Commissie gediend dat minstens zo belangrijk is als het leveren van een bijdrage aan de oplossing van aanbestedingsklachten. De Commissie wil immers met haar adviezen ook de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk verbeteren en een leereffect bij aanbestedende diensten en ondernemingen teweeg brengen. Dat is ook vastgelegd in artikel 2, lid 1 van het Reglement van de Commissie.

6.1.3 De Commissie wijst derhalve beklagdes verzoek af om de klachten niet in behandeling te nemen.

### **6.2 Klachtonderdeel 1**

6.2.1 In de aanbestedingsleidraad zijn twee wijzen van indiening van inschrijvingen aangewezen: i) per post en ii) door afgifte op de kamer van de afdeling aanbestedingszaken. Door in de hal van haar kantoor een bus op te stellen waarin de inschrijvingen op de onderhavige opdracht konden worden gedeponereerd, heeft beklagde on-aangekondigd een nieuwe mogelijkheid van indiening toegevoegd aan de in de leidraad genoemde wijzen. Beklagde heeft hiermee wellicht een extra service willen bieden aan inschrijvers, die daarmee hun inschrijving – mits passend in de bus –

niet op de kamer van de afdeling aanbestedingszaken behoeften af te geven. Omdat de bus het correcte aanbestedingsnummer vermeldde en alle inschrijvers van de bus gebruik konden maken, is die handelwijze niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. De Commissie ziet voorts niet – zoals is gesteld door klager – dat met succes zou kunnen worden betoogd dat in de bus gedeponeerde inschrijvingen ongeldig zijn, om de enkele reden dat zij in de bus zijn gedeponeerde.

6.2.2 De Commissie zal het eerste klachtonderdeel in zoverre ongegrond verklaren.

6.2.3 Dat alles laat evenwel onverlet dat beklagde, door een bus te hanteren die als gevolg van in de risicosfeer van beklagde liggende omstandigheden, niet tijdig is afgesloten of verwijderd, een wijze van indiening van inschrijvingen heeft gekozen, die – vergeleken met afgifte van inschrijvingen op de kamer van de afdeling aanbestedingszaken – onvoldoende zekerheid biedt omtrent de vraag of een inschrijving tijdig is ingediend. Nu beklagde de mogelijkheid aan inschrijvers heeft geboden tot het indienen van inschrijvingen door middel van een bus, brengt de jegens hen in acht te nemen zorgvuldigheid en het transparantiebeginsel mee, dat zij geëigende maatregelen treft om te voorkomen dat na het verstrijken van het tijdstip van de aanbesteding nog inschrijvingen in de bus kunnen worden gedeponeerde. Dat klemt temeer wanneer, zoals hier, sprake is van een bus in een hal die niet voortdurend door een medewerker van beklagde in de gaten wordt gehouden. Van beklagde kunnen deze maatregelen - waar die eenvoudig getroffen konden worden - in redelijkheid worden verlangde. Door voor het doen van inschrijvingen een bus te hanteren zonder die bus op de dag van de aanbesteding om 11.00 uur af te sluiten of te verwijderen, heeft beklagde naar het oordeel van de Commissie in strijd gehandeld met het transparantiebeginsel.

6.2.4 De Commissie zal het eerste klachtonderdeel in zoverre gegrond verklaren.

### 6.3 Klachtonderdeel 2

6.3.1 Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel staat voorop dat voor alle inschrijvingen, op welke toegelaten wijze die ook zijn ingediend, geldt dat zij tijdig – in dit geval op 24 januari 2014, voor 11.00 uur - moesten zijn ingediend.

6.3.2 Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel staat centraal de feitelijke vraag of klager zijn inschrijving nu wel of niet tijdig heeft ingediend. De Commissie stelt vast dat partijen daarover tegenstrijdige uitspraken doen. Klager zegt immers dat zij op tijd in de hal was en haar inschrijving tijdig in de bus heeft gedaan, daarbij wijzend op de aanwezigheid achter haar van een andere inschrijver, die met zijn inschrijving naar de kamer van de afdeling aanbestedingszaken moest omdat die inschrijving niet in de bus paste, en die nog tijdig zijn inschrijving heeft ingediend. Daartegenover staat de verklaring van de medewerkster van beklagde die de bus om 11.00 heeft gecontroleerd en daarin toen geen inschrijving heeft aangetroffen. De inschrijving van klager is daarin eerst aangetroffen op 27 januari 2014 toen de bus gebruikt ging worden voor een andere aanbesteding.

6.3.3 De Commissie heeft, gezien de aard van de klachtprocedure, geen uitgebreide mogelijkheden tot het in een dergelijke situatie vaststellen van de feitelijke gang van zaken, bijvoorbeeld door middel van het horen van getuigen.

6.3.4 De Commissie is het met klager eens dat, door de bus niet af te sluiten of weg te halen, het klager onmogelijk wordt gemaakt om te bewijzen dat hij zijn inschrijving tijdig in de bus heeft gedeponeerde. Beklagde stelt weliswaar dat klager zijn inschrijving naar de kamer van de afdeling aanbestedingszaken had moeten brengen, waarmee hij een bewijs van tijdige indiening zou hebben verkregen. Maar daarmee gaat beklagde eraan voorbij dat zij zelf de mogelijkheid heeft geboden van indie-

ning in de bus en dat op beklagde bij het hanteren van een bus als de onderhavige, de verplichting rust om te zorgen dat na het tijdstip van aanbesteding, geen inschrijvingen meer in de bus kunnen worden gedeponeerd. Bij dit alles verwijst de Commissie voorts naar hetgeen zij heeft overwogen ten aanzien van klachtonderdeel 1.

- 6.3.5 Daar waar de Commissie, als hierboven sub 6.3.3 aangegeven, geen uitgebreide mogelijkheden tot het in de gegeven situatie vaststellen van de feitelijke gang van zaken heeft, kan de Commissie slechts een oordeel geven met betrekking tot de vraag of beklagde onzorgvuldig heeft gehandeld door om 11.00 uur de bus niet af te sluiten of weg te halen, door geen ontvangstbewijzen in de hal af te geven en door de bus door één persoon te laten legen. De Commissie is van oordeel dat dit klachtonderdeel in zoverre gegrond is. De Commissie kan ten aanzien van het wel of niet tijdig ingediend zijn van de inschrijving van klager geen oordeel geven.
- 6.3.6 De Commissie zal daarom uitsluitend ten aanzien van het aspect van onzorgvuldig handelen door de beklagde het tweede klachtonderdeel gegrond verklaren.

## 7. Advies

De Commissie acht onderdeel 1 van de klacht **gedeeltelijk gegrond** en onderdeel 2 van de klacht **gedeeltelijk gegrond**.

## 8. Aanbeveling

De Commissie doet de volgende aanbeveling: indien een aanbestedende dienst als wijze van indiening van inschrijvingen toestaat dat die worden gedeponeerd in een aanbestedingsbus, dient zij dit tevoren in de aanbestedingsstukken kenbaar te maken en dient zij die bus na het verstrijken van het tijdstip waarop de inschrijvingen uiterlijk dienen te worden ingediend, af te sluiten, te verwijderen of anderszins te waarborgen dat daarin nadien geen inschrijvingen meer kunnen worden gedeponeerd.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr. D.E. van Werven die als Branche-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 10 april 2014

w.g.:  
Mr. J.G.J Janssen  
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen  
Vicevoorzitter