

## Advies 102

### 1. Feiten

1.1 Beklaagde heeft een nationale openbare aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor een Leerlingvolgsysteem voor Het regionaal Bureau Leerplicht Westelijke Mijnstreek (RBL WM), zoals beschreven in het Aanbestedingsdocument "Leerlingvolgsysteem." De aanbestedingsdocumenten vermelden geen bedrag, waardoor de geraamde waarde van de opdracht niet vaststaat. De waarde van de aanbieding van de klager bedraagt € 135.000.

1.2 In par. 1.9 ("Digitale inschrijving via TenderNed") van het Aanbestedingsdocument "Leerlingvolgsysteem", is bepaald:

'Deze inschrijving zal geheel digitaal plaatsvinden met gebruik aanbestedingsplatform TenderNed. Dit betekent dat:

1. de aanbestedingsdocumenten via TenderNed ter beschikking worden gesteld;
2. ondernemers via TenderNed nadere inlichtingen kunnen inwinnen;
3. ondernemers via TenderNed hun aanbieding moeten indienen;
4. de correspondentie ten aanzien van de gunning van de opdracht via TenderNed plaats zal vinden.'

Er wordt voor vragen over de digitale aanbesteding in par 1.9 nog verwezen naar de servicedesk van TenderNed, waarvan de contactgegevens worden vermeld. In bijlage 5 van het Aanbestedingsdocument "Leerlingvolgsysteem" is nog een instructie met betrekking tot digitaal aanbesteden voor ondernemers opgenomen.

1.3 In par 4.4 van het Aanbestedingsdocument "Leerlingvolgsysteem" is bepaald dat aan een inschrijving de volgende voorwaarden worden gesteld:

- Alle gevraagde informatie wordt in de inschrijving opgenomen;
- De inschrijving voldoet aan de gestelde eisen;
- Er zijn geen voorwaarden of voorbehouden verbonden aan de inschrijving;
- De inschrijving is in de Nederlandse taal gesteld;
- Varianten zijn niet toegestaan;
- De gemeente stelt geen vergoeding beschikbaar aan de inschrijvers voor het opstellen en indienen van een inschrijving;
- De inschrijving wordt ondertekend door een vertegenwoordiger van de onderneming die hiervoor bevoegd of gemachtigd is.

1.4 In par. 5.4 van het Aanbestedingsdocument "Leerlingvolgsysteem" is bepaald: 'de digitale inschrijving moet uiterlijk 24 april 2014, 12.00 uur via TenderNed worden ingediend. De inschrijving zal door TenderNed in een digitale kluis worden bewaard. De digitale kluis wordt op 24 april 2014, 12.00 uur vrijgegeven aan de gemeenten.'

1.5 In par 5.4 van het Aanbestedingsdocument "Leerlingvolgsysteem" is verder bepaald dat: 'Inschrijvingen kunnen na het aanbestedingstijdstip niet meer via TenderNed worden aangeboden. Een andere wijze van indienen dan digitaal via TenderNed is niet toegestaan. Inschrijvingen die op een andere wijze worden ingediend worden

ongeldig verklaard en niet in behandeling genomen. Het risico van systeem- en internetstoringen ligt geheel bij de inschrijver.

- 1.6 Na de sluiting op 24 april, 12.00 uur, is door beklagde de digitale kluis van TenderNed geopend. Er bevonden zich op dat moment twee inschrijvingen in de digitale kluis. De inschrijving van klager bevond zich niet in de digitale kluis. Klager heeft op 25 april 2014 geconstateerd dat de status op TenderNed is aangepast naar "niet-geïnteresseerd."
- 1.7 Klager heeft contact gehad met TenderNed. Klager heeft van TenderNed per e-mail d.d. 25 april 2014 de volgende reactie ontvangen: 'Om daadwerkelijk de inschrijving te doen moet de gebruiker de laatste stap uitvoeren op zijn dashboard, de inschrijfwizard. Alleen documenten uploaden is niet voldoende. Volgens de lograpportages heeft gebruiker de inschrijfwizard wel gestart op 22 april 2014, maar niet afgerond. De daadwerkelijke inschrijving heeft dan ook niet plaatsgevonden.'
- 1.8 Klager heeft op 25 april 2014 contact opgenomen met beklagde. Klager heeft bij beklagde gesteld dat zij wel heeft ingeschreven op 22 en 23 april 2014 conform par. 4.4 van het Aanbestedingsdocument "Leerlingvolgsysteem" en alle stukken op TenderNed heeft geüpload. Beklaagde heeft zich op het standpunt gesteld dat klager zich niet heeft ingeschreven.
- 1.9 Beklaagde heeft klager uitgesloten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure omdat klager de inschrijving niet tijdig zou hebben ingediend.

## **2. Beschrijving klacht**

Klager stelt zich op het standpunt dat beklagde haar inschrijving ten onrechte als niet tijdig gedaan beschouwt en stelt dat op rechtsgeldige manier een aanbieding is gedaan, binnen de termijn. Klager geeft aan dat het enkele feit dat de inschrijfwizard niet is voltooid, niet betekent dat de inschrijving niet is voltooid.

## **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1 Beklaagde heeft haar klacht onderbouwd met schermprinten d.d. 22 en 23 april 2014, waaruit blijkt dat alle gevraagde stukken op deze data zijn geüpload.
- 3.2 Klager stelt dat de fout kennelijk is ontstaan, omdat de inschrijfwizard niet opnieuw is gestart toen er op de tweede dag, te weten 23 april 2014, nieuwe documenten zijn toegevoegd. Klager stelt geen waarschuwing te hebben gekregen dat er nog een laatste stap moest worden genomen. Klager stelt ook op een later tijdstip geen waarschuwing te hebben gekregen dat er weliswaar documenten zijn geüpload, maar dat de inschrijving nog niet definitief is gemaakt. Ook geeft klager aan ondanks meerdere verzoeken hiertoe aan TenderNed nog steeds geen logfiles te hebben ontvangen. Hierdoor heeft klager de indruk dat er mogelijke sprake zou zijn van een ontwerpfout in TenderNed op het moment dat een afgebroken upload sessie de volgende dag wordt hervat.
- 3.3 Klager vindt het gezien zijn grote inspanningen als MKB bedrijf, buitengewoon disproportioneel indien zij van deelname wordt uitgesloten enkel omwille van een niet goed werkende website.
- 3.4 Klager merkt op dat andere partijen niet in hun belangen zijn geschaad omdat haar aan bieding ruim op tijd is ingediend.

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

Beklaagde moet volgens klager de uitsluiting herzien en de inschrijving alsnog beoordelen.

#### **5. Reactie beklagde**

- 5.1 Beklaagde heeft schriftelijk gereageerd naar de klager. In de kern genomen komt de reactie van beklagde op het volgende neer. Beklaagde geeft aan dat in het Aanbestedingsdocument "Leerlingvolgsysteem" is bepaald dat inschrijvingen na 24 april 2014 12.00 uur niet meer kunnen worden aangeboden. Ook is aangegeven dat het risico van systeem- en internetstoringen en de bijbehorende bewijslast bij de inschrijver ligt. Beklaagde geeft verder aan dat bij een inschrijving een transactiecode per sms wordt verstuurd naar de inschrijver. Ook krijgt de inschrijver een e-mail met een inschrijfbevestiging. Voor de sluiting krijgt de inschrijver per mail de status "geïnteresseerd". Na de sluiting krijgt de inschrijver de status "ingeschreven".
- 5.2 Beklaagde geeft aan dat uit de logfile die klager van TenderNed heeft ontvangen blijkt dat de documenten zijn geüpload, maar dat dit niet heeft geleid tot een afronding van het proces, namelijk het ervoor zorgen dat de inschrijving in de kluis terechtkomt. Beklaagde heeft bij klager dan ook aangegeven dat zij haar inschrijving beschouwd als te laat ingediend. De inschrijving van klager dient daarmee als niet ingediend te worden beschouwd en wordt uitgesloten van verdere beoordeling.

#### **6. Beoordeling**

- 6.1 Art. 2.59 en 2.109 Aw 2012 bepalen met betrekking tot storingen in het elektronische systeem (*TenderNed, zie art. 1.1 Aw 2012, Commissie*) het volgende:

Artikel 2.59. [Elektronische bekendmaking]

1. De bekendmaking van de vooraankondiging geschiedt langs elektronische weg, met gebruikmaking van het elektronische systeem voor aanbestedingen.
2. De aanbestedende dienst gebruikt voor de bekendmaking van de vooraankondiging het daartoe door middel van het elektronische systeem voor aanbestedingen beschikbaar gestelde formulier.

Artikel 2.109. [Storing elektronisch systeem]

In geval van een storing van het elektronische systeem door middel waarvan de inschrijving ingediend moet worden, waardoor het indienen van de inschrijving kort voor het verstrijken van de uiterste termijn niet mogelijk is, kan de aanbestedende dienst deze termijn na afloop van de uiterste termijn verlengen, mits hij nog geen kennis heeft genomen van de inhoud van enige inschrijving.

- 6.2 Art. 2.109 lid 1 Aw 2012 is geformuleerd als een (geclausuleerde) bevoegdheid van de aanbestedende dienst. Ook uit de MvT bij die bepaling blijkt dat de wetgever niet heeft beoogd een verplichting voor de aanbestedende dienst in het leven te roepen.
- 6.3 Beklaagde heeft in paragraaf 5.4 van het Aanbestedingsdocument "Leerlingvolgsysteem" (als hierboven sub 1.4 geciteerd) aangegeven hoe zij voornemens is van deze bevoegdheid gebruik te maken: 'Inschrijvingen kunnen na het aanbestedingstijdstip niet meer via TenderNed worden aangeboden. Een andere wijze van indienen dan digitaal via TenderNed is niet toegestaan. Inschrijvingen die op een andere

wijze worden ingediend worden ongeldig verklaard en niet in behandeling genomen. Het risico van systeem- en internetstoringen ligt geheel bij de inschrijver.'

- 6.4 Naar het oordeel van de Commissie laat par. 5.4 van het Aanbestedingsdocument aan duidelijkheid niets te wensen over en moet de klacht als ongegrond worden beoordeeld.

## **7. Advies**

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

## **8. Aanbeveling**

De Commissie ziet in het kader van deze aanbesteding geen ruimte voor een aanbeveling.

Den Haag, 26 mei 2014

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

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