

Advies 57

1. Feiten

1.1 Beklaagde heeft een nationale openbare aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor het coördineren en uitvoeren van tekstproductie, tekstredactie, fotografie, beeldredactie, vormgeving en bladcoördinatie ten behoeve van een personeelsblad van beklaagde. De geraamde waarde van de opdracht beloopt € 700.000,--.

1.2 In paragraaf 2.1 van het Beschrijvend Document ("BD") is over het toepasselijke recht het volgende bepaald:

'Gelet op de Aanbestedingswet 2012 valt tekstproductie, beeldredactie en bladcoördinatie onder categorie 27, Overige diensten, opgenomen in bijlage 2, onderdeel B. Dit betekent dat de Aanbestedingswet 2012 slechts beperkt van toepassing is op deze aanbesteding, zoals omschreven in artikel 2.38 van de Aanbestedingswet 2012 bij afwezigheid van een duidelijk grensoverschrijdend belang. De Aanbestedende dienst is dan ook slechts gehouden paragrafen 2.3.3.1 en 2.3.8.9 van hoofdstuk 2.3 van de Aanbestedingswet 2012 toe te passen, alsmede de algemene aanbestedingsbeginselen na te leven.

Opdrachtgever heeft ervoor gekozen om gebruik te maken van de nationale procedure voor deze aanbesteding. Deze procedure houdt in dat alle belangstellende ondernemers na de publicatie van de aankondiging een Inschrijving kunnen indienen.'

1.3 In paragraaf 1.6 van het BD is ten aanzien van de uitvoering van de aanbesteding het volgende bepaald:

'Deze aanbesteding wordt geheel digitaal uitgevoerd via TenderNed. Dat betekent dat het Inschrijvingen digitaal worden ingediend via TenderNed. Voor meer informatie verwijs ik u naar de bijlage C, "In zes stappen digitaal inschrijven Overheidsopdrachten via TenderNed". Zie ook: www.tenderned.nl'.

1.4 In paragraaf 2.7 van het BD is met betrekking tot de deadline het volgende bepaald:

'De Inschrijving dient tijdig, d.w.z. uiterlijk **woensdag 6 november 2013, 12.00 uur** in TenderNed te worden aangeboden. Inschrijvingen die na deze sluitingstermijn worden aangeboden, zullen niet beoordeeld worden. Het risico van vertraging is voor de Inschrijver. Ook Inschrijvingen die niet via TenderNed aangeboden zijn, worden niet beoordeeld. **De Inschrijving kan alleen via TenderNed aangeboden worden!**

1.5 In paragraaf 2.8 van het BD is met betrekking tot het openen van de Inschrijvingen het volgende bepaald:

'Opening van de binnengekomen Inschrijvingen zal op **woensdag, 6 november 2013 om 14.05 uur** elektronisch plaatsvinden. Als Inschrijver ontvangt u hiervan automatisch een proces-verbaal via TenderNed.'

- 1.6 Op vrijdag 8 november 2013 om 12:23 uur heeft klager een e-mail verzonden met als onderwerp "technische problemen met doorzetten/doorvoeren van de aanbesteding (...)", aan zowel TenderNed als aan beklaagde met hierin de tekst:

'Het stond helemaal klaar. We zaten in het proces van verzenden, fase invoeren transactiecode. Deze kwam niet. Wij hebben nog geruime tijd met de servicedesk van TenderNed aan de lijn gehangen, maar kregen het niet voor elkaar. Het is erg zuur dat wij de aanbesteding niet door het proces kregen, terwijl alle content klaar staat. Is er nog een mogelijkheid om op andere wijze de gegevens aan te leveren c.q. in te dienen?'

- 1.7 Op vrijdag 8 november 2013 om 13:41 heeft klager een klacht verzonden naar het Klachtenmeldpunt van beklaagde, welke klacht zij als volgt heeft omschreven:

'Bij het verzenden van alle ingevulde en geuploade documenten zouden wij volgens de onlineapplicatie van TenderNed een transactiecode dienen te krijgen. Deze hebben wij niet ontvangen. Hierdoor hebben wij onze aanbieding niet binnen sluitingstermijn kunnen indienen, terwijl alles gereed stond. Wij hebben hierover op dat moment geschakeld met de service desk van TenderNed. Ook dit mocht niet baten. Ook hebben wij hierover al contact gehad met dhr. [X], Projectsecretaris van [beklaagde]' .

- 1.8 Op instigatie van het Klachtenmeldpunt van beklaagde heeft klager op 11 november 2013 een klacht ingediend bij servicedesk@tenderNed.nl. De klacht is toen als volgt geformuleerd:

'Onze klacht

In het verificatieproces in TenderNed hebben wij vrijdagochtend 8 november geen transactiecode mogen ontvangen. Dit terwijl wij ruim binnen de deadline het verzendproces gestart zijn. Na afstemming met de helpdesk bleek dat onze secretaresse haar mobiele nummer onvolledig had ingevoerd. De tijd die resteerde was te kort om dit recht te zetten in TenderNed. Dit, terwijl alle documenten tijdig ingevuld en geupload waren en klaar stonden; zoals te zien in TenderNed: de loggegevens laten zien dat wij tijdig alle documenten ingevuld en geupload hadden en voor 8 november jl. 12.00 uur het verzendproces opgestart hebben.

Terugkijkend verbaast het ons echter dat het mogelijk is een cijfer te weinig in te voeren bij zo'n cruciaal gegeven als een telefoonnummer, zonder dat wij hiervoor – op het moment van invoering – een foutmelding hebben ontvangen. Omdat het de eerste keer is dat wij TenderNed gebruiken, kom je er ook pas in het allerlaatste stadium achter, waar de fout zit. We hebben nog geprobeerd dit snel te herstellen, maar dat kostte voor dat moment te veel tijd. Onze ervaringen zijn tot nu toe gebaseerd op de concurrerende tenderapplicatie Negometrix. Hier wordt niet gewerkt met een dergelijk verificatieproces op basis van een transactiecode.

Er is ook geen testmogelijkheid om je gegevens en de werking van het verificatieproces te verifiëren – voor zover wij kunnen nagaan. Dat maakt het proces in onze ogen niet volledig transparant.

Het foutief invullen van het telefoonnummer is natuurlijk aan ons zelf te wijten. Dat wij hiervan niet eerder op de hoogte zijn gesteld, én dat er op het cruciale moment geen mogelijkheid was om het probleem tijdig te verhelpen of op een

andere manier in te zenden. De consequenties die dit heeft, zijn ons inziens buitenproportioneel.

Zeker omdat wij overtuigd zijn van de kwaliteit van de onze aanbidding.'

- 1.9 TenderNed heeft per (niet gedateerde) e-mail op deze klacht gereageerd, welke reactie als volgt is samen te vatten.
 - 1.9.1 Er was geen sprake van een technische storing bij TenderNed op vrijdag 8 november 2013; tientallen andere ondernemingen hebben succesvol ingeschreven. Uit de logfiles van TenderNed blijkt dat op 8 november 2013 vanaf 11:39:37 uur tot 11:55:37 uur tancodes verstuurd zijn aan gebruiker "D." [...] op het telefoonnummer [+31 XXXXXXXX]. Als Nederlands telefoonnummer had deze cijferreeks 1 cijfer te weinig.
 - 1.9.2 TenderNed doet geen validatie op het aantal cijfers in telefoonnummers omdat er ook buitenlandse ondernemers actief zijn in TenderNed, waarbij het aantal cijfers kan variëren.
 - 1.9.3 Uit de logfiles blijkt verder dat de gebruiker D. tussen 7 november 2013 20:39:10 uur en 8 november 2013 11:34:51 uur documenten met succes heeft geupload en verwijderd.
 - 1.9.4 Op 8 november 2013 om 11.50 uur is door gebruiker D. gebeld met de Servicedesk omdat er geen tancode ontvangen werd. Het advies is meegegeven om contact op te nemen met de lokale beheerder en met de aanbestedende dienst voor het geval de inschrijving niet vóór de sluitingstijd kon worden afgerond.
 - 1.9.5 TenderNed is van mening naar behoren te hebben gefunctioneerd.
- 1.10 Op 13 november 2013 heeft het Klachtenmeldpunt van beklagde aan klager onder meer geschreven:

'Alle communicatie die heeft plaatsgevonden met [beklaagde] heeft ná de sluitingstermijn plaatsgevonden. Tijdens deze contacten hebben de betrokken projectmedewerkers van [beklaagde] u geïnformeerd over het feit dat uw inschrijving alleen via TenderNed aangeboden kan worden en dat het risico van vertraging door het gebruik van TenderNed voor rekening van de inschrijver is. Met betrekking tot uw opmerking over het krijgen van een melding bij het niet compleet/correct invullen van een telefoonnummer in TenderNed kunnen wij (...) niets voor u betekenen. Deze Nationale aanbesteding is onderdeel van een pilot TenderNed die momenteel loopt bij [beklaagde]. Wij zullen uw opmerking doorgeven aan TenderNed maar kunnen niet afdwingen dat zij het systeem hierop gaan aanpassen. (...) Naar aanleiding van het nadere onderzoek dat door [beklaagde] is uitgevoerd, moet er helaas geconcludeerd worden dat het niet mogelijk is om u alsnog de mogelijkheid te bieden uw inschrijving via TenderNed of een andere manier aan te bieden. De behandeling van uw klacht is hiermee door het Klachtenmeldpunt (...) afgerond.'
- 1.11 Klager reageert – eveneens op 13 november 2013 – per e-mail op de voorgaande e-mail van beklagde. Die reactie houdt kort gezegd op het volgende in. Klager is verrast te horen dat de onderhavige aanbesteding onderdeel uitmaakt van een pilot. Zij begrijpt dat de functionaliteit van de TenderNed applicatie daardoor nog niet volledig uitontwikkeld is. Dit sterkt haar in haar overtuiging dat hier sprake is van buitengewone proportionaliteit en nog

geen volledige transparantie. Er zijn immers meerdere manieren mogelijk om te borgen dat mobiele nummers niet fout ingevoerd worden. Klager stelt op verschillende tijdstippen vergeefs te hebben getracht contact te krijgen met beklaagde.

- 1.12 Het Klachtenmeldpunt van beklaagde laat per e-mail van 14 november 2013 klager weten dat zij geen reden ziet om haar beslissing omtrent klagers klacht te herzien. Klager heeft, zoals zij zelf heeft bevestigd, een foutief mobiel telefoonnummer ingevoerd. Een dergelijke vergissing komt voor klagers eigen rekening en risico. Klager wordt dan ook niet in staat gesteld om de inschrijving alsnog in te dienen.

2. Beschrijving klacht

Beklaagde heeft gehandeld in strijd met het proportionaliteitsbeginsel en het transparantiebeginsel.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1 Klager stelt ter onderbouwing van haar klacht het volgende voorop. Zij heeft in het systeem van TenderNed een inschrijving ingediend. Bij het verzenden van alle ingevulde en geüploade documenten zou klager volgens de onlineapplicatie van TenderNed een transactiecode dienen te krijgen. Klager heeft vrijdagochtend 8 november geen transactiecode ontvangen. Klager geeft aan dat na afstemming met de servicedesk is gebleken dat haar mobiele nummer onvolledig is ingevoerd. De resterende tijd was te kort om dit recht te zetten in TenderNed. Klager geeft aan dat de loggegevens van TenderNed laten zien dat alle documenten tijdig zijn ingevuld en geüpload, en dat voor 8 november jl. 12.00 uur het verzendproces opgestart is.

- 3.2 Doordat deze aanbesteding onderdeel uitmaakt van een pilot is de functionaliteit van de TenderNed applicatie nog niet volledig uitontwikkeld. Als gevolg van het niet aanwezig zijn van een systeem tot validatie van het aantal cijfers in te vermelden telefoonnummers – hetgeen volgens klager op zich al in strijd is met het transparantiebeginsel – is geen transactiecode ontvangen met als gevolg dat de inschrijving niet binnen de tijdslimiet kon worden ingediend en klager van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure is uitgesloten. Dat is volgens klager in het licht van hetgeen zij onder 3.1 heeft opgemerkt buitengewoon disproportioneel.

4. Reactie beklaagde

Beklaagde heeft via haar Klachtenmeldpunt aangegeven dat zij geen reden ziet om naar aanleiding van de bij de Commissie ingediende klacht haar beslissing omtrent de klacht te herzien. Zij heeft de Commissie in dat verband onder andere het volgende laten weten:

'Er is geen sprake van nieuwe feiten of inzichten (...) die daartoe zouden nopen. Het risico van foutieve invulling van het telefoonnummer ligt bij de inschrijver. Naar aanleiding van het nadere onderzoek dat door het Klachtenmeldpunt (...) is uitgevoerd moet er helaas geconcludeerd worden dat het niet mogelijk is om klager alsnog de mogelijkheid te bieden uw inschrijving via TenderNed of een

andere manier aan te bieden. De behandeling van uw klacht is hiermee door het Klachtenmeldpunt (...) afgerond.'

5. Beoordeling

- 5.1 De Commissie stelt voorop dat beklagde een nationale openbare aanbestedingsprocedure heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Afdeling 1.2.3 (Uitgangspunten bij nationale aanbestedingen) en Hoofdstuk 1.3 (Administratieve voorschriften bij aanbestedingen) Aw 2012; Gids Proportionaliteit.
- 5.2 Een aanbestedende dienst is op grond van art. 1.18 Aw 2012 ook in het geval van een vrijwillige nationale openbare aanbesteding verplicht om de aankondiging van een opdracht bekend te maken via TenderNed, met gebruikmaking van een eveneens via TenderNed beschikbaar gesteld formulier.
- 5.3 Een aanbestedende dienst heeft vervolgens de mogelijkheid om ook de overige fasen van het aanbestedingsproces geheel digitaal via TenderNed af te wikkelen. Zoals uit paragraaf 1.6 van het Beschrijvend Document blijkt (zie 1.3 hiervoor), heeft beklagde in de onderhavige aanbesteding van deze mogelijkheid gebruik gemaakt.
- 5.4 Tussen partijen staat niet ter discussie dat klager in de onderhavige aanbesteding niet elektronisch via TenderNed heeft kunnen inschrijven, omdat zij bij haar pogingen daartoe een invoerfout heeft gemaakt.
- 5.5 De onjuiste invulling van een telefoonnummer is – ook naar de mening van klager zelf – alleen aan haar toe te rekenen. Als gevolg van die onjuiste invulling kon geen rechtsgeldige inschrijving worden gedaan binnen de geldende termijn. Dat heeft naar het oordeel van de Commissie tot gevolg – paragraaf 2.7 van het Beschrijvend Document (zie 1.4 hiervoor) laat wat dat betreft aan duidelijkheid niets te wensen over – dat klager terecht is uitgesloten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.
- 5.6 Dat oordeel wordt niet anders in het veronderstelde geval dat de TenderNed applicatie nog niet volledig uitontwikkeld zou zijn vanwege het ontbreken van een systeem tot validatie van het aantal cijfers in te vermelden telefoonnummers. Allereerst is de Commissie er niet van overtuigd dat, gegeven het feit dat een dergelijk systeem tot moeilijkheden kan leiden bij deelname door buitenlandse partijen, er in het veronderstelde geval sprake zou zijn van een tekortkoming in de TenderNed-applicatie, laat staan van strijd met het transparantiebeginsel. De Commissie is voorts van oordeel dat het ontbreken van een systeem tot validatie zoals hiervoor bedoeld er niet aan in de weg staat dat een inschrijver in een geval als het onderhavige het risico dat de inschrijving de aanbestedende dienst tijdig bereikt zelf voldoende kan beheersen door de vereiste gegevens op juiste wijze op TenderNed in te voeren. Paragraaf 2.7 van het Beschrijvend Document sluit daarbij aan door dat risico nog eens nadrukkelijk onder de aandacht van de inschrijvers te brengen. Het is de Commissie ook overigens uit de logfiles gebleken dat klager daags tevoren, op 7 november 2013, in staat is geweest documenten met succes te uploaden en te verwijderen.

- 5.7 Het in 5.5 gegeven oordeel wordt ook niet anders doordat – zonder twijfel – de consequenties voor klager ingrijpend zijn. Alle inspanningen die geleverd zijn in het kader van deze aanbestedingsprocedure, blijken vergeefse moeite te zijn. Dat is echter de consequentie van paragraaf 2.7 van het Beschrijvend Document in het licht van de op de beginselen van het aanbestedingsrecht gebaseerde wet- en regelgeving: een inschrijving die te laat wordt ingediend, wordt niet beoordeeld. Een beroep op het vermeende disproportionele karakter van de toepassing van paragraaf 2.7 in het concrete geval kan klager vervolgens niet baten. De op grond van art. 1.12 Aw 2012 op deze aanbesteding van toepassing zijnde beginselen van gelijke behandeling en transparantie staan aan het honoreren van een dergelijk beroep immers in de weg.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 9 april 2015

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

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