

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 374

### 1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft op 10 juni 2016 een nationale niet-openbare aanbestedingsprocedure op TenderNed en TED aangekondigd van een overheidsopdracht voor werken tot reconstructie van een fort (een rijksmonument). Uit de aankondiging op TenderNed blijkt dat het om een nationale aanbestedingsprocedure gaat. Uit de aankondiging op TED blijkt dat het om een Europese aanbestedingsprocedure gaat. Het werk omvat onder meer het uitvoeren van grondwerk, het realiseren van een toegangsbrug en het realiseren van een uitkijktoren. De aanbestedingsprocedure heeft als TenderNed-kenmerk A. De opdracht is op TenderNed aangegevoerd als 'Fort X'.

1.2. In paragraaf 2.3 ("Procedureomschrijving") van de Selectieleidraad van 10 juni 2016 is bepaald:

'De aanbesteding zal verlopen volgens de Nationale Niet-openbare procedure (aanbesteding met voorafgaande selectie) conform het Aanbestedingsreglement voor werken 2012, hoofdstuk 3 (in het vervolg ARW 2012).'

1.3. In paragraaf 2.3.6 ("Digitaal aanbesteden") van de Selectieleidraad is bepaald:

'Deze aanbesteding zal geheel digitaal en online plaatsvinden, gebruik makende van de website van TenderNed ([www.tenderned.nl](http://www.tenderned.nl)). Een uitgebreide instructie met betrekking tot het doen van een digitale aanmelding treft u aan op [www.tenderned.nl](http://www.tenderned.nl). Het is uitsluitend toegestaan uw aanmelding digitaal in te dienen via TenderNed.

Dit houdt in:

- het beantwoorden van alle vragen betreffende de aanbesteding in digitale vorm;
- het downloaden van documenten die verband houden met deze aanbesteding;
- het uploaden van alle aan u gevraagde documenten. Dit betreft het indienen van uw digitale documenten;
- alle communicatie zoals het indienen van vragen voor de Nota van inlichtingen;
- de Nota van inlichtingen zal via het platform verspreid worden (zie tab: 'vragen over de aanbesteding');
- alle communicatie vanuit de Opdrachtgever vindt u terug binnen het account.

De servicedesk van TenderNed is bereikbaar op (...).

De gegadigde is zelf verantwoordelijk voor het indienen van de digitale aanmelding c.q. Inschrijving. Bij vragen of onduidelijkheden over de werking van TenderNed kan er contact opgenomen worden met de Servicedesk van TenderNed.'

1.4. In paragraaf 5.1 ("Selectieproces") van de Selectieleidraad is het volgende bepaald:

'Na sluiting van de termijn voor het aanmelden worden de aanmeldingen uit de digitale kluis gedownload en start de beoordelingsprocedure. (...)

Nadere informatie over het werken met TenderNed is opgenomen in een brochure:

<http://www.TenderNed.nl/sites/default/files/In%20zes%20stappen%20digitaal%20www.%20inschrijven%20op%20overheidsopdrachten%20via%20TenderNed%20.pdf>.

Ook is een uitgebreide handleiding beschikbaar via: [http://www.TenderNed.nl/egids/handleiding/handleiding\\_ondernemers](http://www.TenderNed.nl/egids/handleiding/handleiding_ondernemers).

- 1.5. In paragraaf IV.3.4 ("Termijn voor ontvangst van inschrijvingen of deelnemingsaanvragen") van de aankondiging is als uiterste tijdstip voor aanmelding als gegadigde dinsdag 5 juli 2016 12.00 uur bepaald. Dat tijdstip volgt ook uit paragraaf 2.3.5 ("Planning") van de Selectieleidraad. Uit die laatste paragraaf blijkt tevens dat een Nota van Inlichtingen is gepland op 28 juni 2016 en dat als datum voor bekendmaking van de voorgenomen selectie 13 juli 2016 bepaald.
- 1.6. Op 16 juni 2016 heeft beklagde een 'Kennisgeving van aanvullende informatie, over een onvolledige procedure of rectificatie' op TenderNed gepubliceerd, waarin in paragraaf VI ("Aanvullende inlichtingen") is bepaald:

#### **'VI.1 DEZE AANKONDIGING BETREFT**

Onvolledige procedure

#### **VI.2) INFORMATIE OVER ONVOLLEDIGE GUNNINGSPROCEDURE**

- De gunningsprocedure heeft niet tot de gewenste resultaten geleid
- De opdracht wordt wellicht opnieuw aangekondigd

(...)

#### **VI.4) OVERIGE NADERE INLICHTINGEN**

Publicatie is abusievelijk geplaatst op TED. Om dit te corrigeren dient publicatie te worden beëindigd.

Het zelfde project wordt per omgaande opnieuw gepubliceerd onder [TenderNed-kenmerk B] met daarin één wijziging, nl: wijziging contactpunt van [contactpersoon Y] in [contactpersoon Z]'

- 1.7. Diezelfde dag heeft klager van beklagde een bericht in TenderNed ontvangen waarin is vermeld:

'Onderwerp: Nieuwe aankondiging over een aanbesteding die uw onderneming volgt

Bericht: Geachte heer/mevrouw,

Er is door ons een aankondiging gepubliceerd met betrekking tot de aanbesteding:

Omschrijving: [Fort X]

Referentie: [Referentie X]

Ik verzoek u, via het dashboard van deze aanbesteding, kennis te nemen van de laatste stand van zaken.

Klik [hier](#) om de aankondiging te bekijken.

Met vriendelijke groet,  
[Beklaagde]

- dit bericht is automatisch verzonden -'

1.8. Tevens heeft beklaagde – eveneens op 16 juni 2016 – een nieuwe aankondiging gepubliceerd, ditmaal slechts op TenderNed en nu van een nationale niet-openbare procedure, met TenderNed-kenmerk B en opdracht naam 'Fort X plaatsnaam'. Als termijn voor ontvangst van de deelnemingsaanvragen is in paragraaf IV.3.4 van de aankondiging nog steeds dinsdag 5 juli 2016 12.00 uur bepaald. De Selectieleidraad op TenderNed is opnieuw een versie van 10 juni 2016.

1.9. De 'Aankondiging van een opdracht' en de 'Kennisgeving van aanvullende informatie, over een onvolledige procedure of rectificatie' van de aanbestedingsprocedure Fort X met TenderNed-kenmerk A staan vanaf 10 respectievelijk 16 juni 2016 op de algemeen toegankelijke website van TenderNed. De Commissie heeft deze website in het kader van de totstandkoming van dit advies bezocht en het volgende geconstateerd: indien de bezoeker van de website op de 'Aankondiging van een opdracht' klikt, verschijnt een gekleurde balk met de volgende tekst bovenaan de daarop volgende schermen:

**! Let op, deze aanbestedingsprocedure is beëindigd**

Deze aanbesteding is vroegtijdig beëindigd door de aanbestedende dienst. [Bekijk de publicatie](#) van deze vroegtijdige beëindiging voor meer informatie.'

1.10. De Commissie heeft tevens geconstateerd dat indien de bezoeker van de website klikt op de 'Kennisgeving van aanvullende informatie, over een onvolledige procedure of rectificatie', bovenstaande tekst niet verschijnt. Wanneer de bezoeker in de daarop volgende schermen klikt op de 'Aankondiging van de opdracht' (van 10 juni 2016) verschijnt een PDF-document van deze aankondiging en wordt bovenstaande tekst evenmin getoond.

1.11. Bij navraag heeft PIANOo (TenderNed) laten weten dat bovenstaande tekst ook niet verschijnt in het TenderNed-dashboard van potentiële gegadigden, waaronder klager.

1.12. Klager heeft zich via TenderNed aangemeld als gegadigde voor de opdracht met TenderNed-kenmerk A. Op 5 juli 2016 om 11.56 uur heeft klager het volgende automatisch bericht van TenderNed ontvangen met een bewijs van haar aanmelding:

'(...) De aanmelding was binnen de aanmeldtermijn en is opgeslagen in de digitale kluis van TenderNed.

(...).'

1.13. Op 27 juli 2016 heeft klager via TenderNed een elektronisch bericht aan beklaagde gestuurd waarin zij informeert naar de status van de selectieprocedure.

1.14. Bij brief van 28 juli 2016 heeft beklaagde aan klager het volgende bericht:

'Op woensdag 27 juli 2016 ontvingen wij via TenderNed van u een bericht met een verzoek om nadere informatie inzake selectiebeslissing werk [Fort X]. U heeft zich hiervoor als gegadigde aangemeld via TenderNed.

Het blijkt dat u zich hebt aangemeld op een aanbesteding welke is beëindigd op 16-06-2016. Op 16-6-2016 is er namelijk een aankondiging (TN[TenderNed-kenmerk A]-SF14) op het aankondigingenplatform geweest waarbij is aangegeven dat de aanbesteding [Fort X] ([TenderNed-kenmerk A]) is beëindigd. Tevens is daarin vermeldt dat de aanbesteding opnieuw is gepubliceerd met [TenderNed-kenmerk B] en omschrijving [Fort X plaatsnaam].

Uw aanmelding is door ons derhalve niet ontvangen op de daartoe aangewezen aanbesteding ([Fort X plaatsnaam]). De procedure inzake selectie [Fort X plaatsnaam] is inmiddels afgerond en de betrokken partijen zijn geïnformeerd over de uitslag.

Het spijt ons u te moeten medelen dat wij u derhalve niet meer kunnen meenemen als eventuele gegadigde.'

- 1.15. De Commissie heeft met toestemming van klager en beklagde navraag gedaan bij PIANOo (TenderNed) over de technische gang van zaken in TenderNed bij de (eerste) aanbestedingsprocedure Fort X met TenderNed-kenmerk A. Onder meer is geïnformeerd welke stappen een aanbestedende dienst moet doorlopen om een aanbestedingsprocedure voortijdig te beëindigen en op welke wijze de beëindiging van de onderhavige aanbestedingsprocedure voor klager kenbaar was. Tevens is gevraagd of klager zich na 16 juni 2016 via TenderNed als gegadigde heeft kunnen aanmelden voor de (eerste) aanbestedingsprocedure Fort X met TenderNed-kenmerk A, niettegenstaande het feit dat beklagde die procedure op 16 juni 2016 in TenderNed heeft beëindigd. PIANOo heeft bevestigd dat dit laatste inderdaad het geval is.

## **2. Beschrijving klacht**

Beklaagde heeft de aanmelding van klager in de eerste aanbestedingsprocedure (Fort X) ten onrechte niet in behandeling genomen, nu deze aanbestedingsprocedure niet is beëindigd. Althans heeft beklagde de aanmelding ten onrechte niet in behandeling genomen in de tweede aanbestedingsprocedure (Fort X plaatsnaam). Beklaagde heeft nagelaten klager (tijdig) te informeren dat klager de stukken in het verkeerde dashboard had ingediend. Ten slotte heeft beklagde nagelaten klager te informeren over de selectieprocedure in de tweede aanbestedingsprocedure (Fort X plaatsnaam), waardoor klager niet meer binnen de opschortende termijn tegen de selectiebeslissing kan opkomen.

## **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1. Klager onderbouwt haar klacht als volgt. Beklaagde heeft op 16 juni 2016 een rectificatie gepubliceerd waarin staat dat de publicatie ten onrechte op TED is geplaatst en dat de publicatie wordt beëindigd. Klager heeft deze regel over het hoofd gezien en beklagde heeft nagelaten het betreffende aanbestedingsdashboard in TenderNed te sluiten. Hierdoor heeft klager haar aanmelding per abuis in het verkeerde dashboard ingediend.
- 3.2. Omdat klager het selectiebesluit lang vond duren heeft zij op 27 juli 2016 middels een bericht via TenderNed bij beklagde geïnformeerd naar de status van de selectie. Binnen 2 uur na ontvangst van dat bericht heeft beklagde vervolgens telefonisch contact opgenomen met klager met de mededeling dat klager haar stukken in het verkeerde dashboard heeft ingediend. Op 28 augustus 2016 [be-

*doeld zal zijn juli, Commissie]* kreeg klager bericht dat zij niet meer als gegadigde kon meedoen in de tweede aanbestedingsprocedure.

- 3.3. Beklaagde stelt het betreffende dashboard te hebben gesloten en dat deze niet meer toegankelijk is. Dat is volgens klager echter niet het geval. Op 28 juli 2016 heeft klager contact gezocht met PIANOo, die klager heeft doorverwezen naar TenderNed. TenderNed heeft aangegeven dat het dashboard nog steeds geopend en bereikbaar was en dat het technisch niet mogelijk is dat na beëindiging van een procedure op TenderNed, het dashboard bereikbaar is voor welke partij dan ook. Klager stelt dat het dashboard nog open is en dat beklaagde via deze omgeving communiceert met klager. Klager meent daarom dat er nu feitelijk nog sprake is van een lopende aanbestedingsprocedure.
- 3.4. Klager voert aan dat er sprake is van een slecht gevolgde procedure. Ook is het duidelijk dat klager haar aanmelding abusievelijk in het verkeerde dashboard heeft geplaatst.
- 3.5. Klager wil dat beklaagde de huidige selectieprocedure opschort en alsnog haar aanmelding in behandeling neemt en beoordeelt of dat beklaagde een nieuwe aanbestedingsprocedure start.

#### **4. Reactie beklaagde**

- 4.1. Beklaagde betreurt de ontstane situatie en vindt het jammer dat een gerenommeerde partij in de nu ontstane situatie is terecht gekomen.
- 4.2. Beklaagde heeft haar uiterste best gedaan om de procedure zo zorgvuldig mogelijk te laten plaatsvinden. Zodra bekend werd dat er in de eerste aanbestedingsprocedure een fout was gemaakt in de aankondiging is op 16 juni 2016 de eerste procedure ingetrokken. De fout betreft de publicatie op TED. Op die dag heeft beklaagde direct een aankondiging op het aankondigingenplatform geplaatst waarbij is aangegeven dat de aanbesteding Fort X met TenderNed-kenmerk A voortijdig is beëindigd. Tevens is daarin vermeld dat de aanbesteding opnieuw is gepubliceerd onder vermelding van TenderNed-kenmerk B en met de omschrijving Fort X plaatsnaam.
- 4.3. Daarnaast wordt, door het aanbestedingsplatform, bij opening van de oude aankondiging (met TenderNed-kenmerk A) direct weergegeven dat de aanbesteding vroegtijdig is beëindigd. Hierbij wordt ook verwezen naar de nieuwe aanbesteding.
- 4.4. Na het beëindigen van de eerste aanbestedingsprocedure (met TenderNed-kenmerk A) was het voor beklaagde wat die procedure betreft alleen nog mogelijk om berichten te versturen en te ontvangen. De kluis werd onbereikbaar voor beklaagde. Dat het voor klager technisch mogelijk bleek om stukken in de verkeerde kluis te plaatsen, betreurt beklaagde zeer en hoe dat mogelijk is geweest begrijpt beklaagde niet. Het is beklaagde inmiddels wel duidelijk dat alle partijen bij het gebruik van TenderNed heel erg alert moeten zijn op de actuele stand van zaken van de aanbestedingen.
- 4.5. Als beklaagde een bericht had ontvangen van de indiening van de aanmelding door klager in de eerste aanbestedingsprocedure dan had beklaagde klager uiteraard direct op de hoogte gesteld van haar fout.

- 4.6. De aanmelding van klager is derhalve niet door beklagde ontvangen op de daartoe aangewezen aanbesteding (Fort X plaatsnaam) en de ingediende gegevens zijn niet bereikbaar voor beklagde op TenderNed (status project Beëindigd).
- 4.7. De selectieprocedure in de tweede aanbestedingsprocedure Fort X plaatsnaam is inmiddels afgerond en de betrokken partijen zijn geïnformeerd over de uitslag. Medio week 38 ontvangen zij het verzoek tot inschrijving. Beklagde is van mening dat zij onder meer in het kader van het beginsel van transparantie deze lopende aanbestedingsprocedure niet kan wijzigen door het beoordelen van stukken die niet op de juiste wijze zijn ingediend door klager (en onbereikbaar zijn voor beklagde). Beklagde blijft derhalve bij haar standpunt dat klager niet als eventuele gegadigde in aanmerking komt voor selectie.
- 4.8. Dat klager niet meer kan deelnemen aan de tweede aanbestedingsprocedure heeft niets te maken met de waardering voor dat bedrijf door beklagde. De realiteit is dat de termijn inmiddels was verstreken en daar kan beklagde niets aan veranderen. Omgekeerd wil klager ook niet dat een opdrachtgever de regels aanpast voor een ander bedrijf. Klager realiseert mooie projecten en beklagde had haar inschrijving op de juiste procedure toegejuicht. Beklagde betreurt deze gang van zaken daarom zeer, voor klager en beklagde.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 10 juni 2016 een nationale niet-openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd van een overheidsopdracht voor werken tot reconstructie van een fort (een rijksmonument). Uit de aankondiging op TenderNed blijkt dat het om een nationale aanbestedingsprocedure gaat. Uit de aankondiging op TED blijkt echter dat het om een Europese aanbestedingsprocedure gaat. Het werk omvat onder meer het uitvoeren van grondwerk, het realiseren van een toegangsbrug en het realiseren van een uitkijktoren. De aanbestedingsprocedure heeft als TenderNed-kenmerk A. De opdracht is op TenderNed aangeduid als 'Fort X'. In het kader van de onderhavige procedure kan – gelet op hetgeen de Commissie hierna in overweging 5.3 nog overweegt – in het midden blijven of zowel Deel 1 als Deel 2 (betreffende Europese aanbestedingsprocedures) of alleen Deel 1, Afdelingen 1.2.1 en 1.2.3 (betreffende nationale aanbestedingsprocedures) van de ten tijde van de aankondiging van de overheidsopdracht geldende Aw 2012 op deze opdracht van toepassing zijn. Hetzelfde geldt voor Hoofdstuk 3 ARW 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Vervolgens heeft beklagde op 16 juni 2016 een nationale niet-openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd van dezelfde werkzaamheden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Afdelingen 1.2.1 en 1.2.3 van de ten tijde van de aankondiging van de overheidsopdracht geldende Aw 2012, Hoofdstuk 3 ARW 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.3. Ongeacht of de op 10 juni 2016 aangekondigde procedure een nationale dan wel een Europese aanbestedingsprocedure is: op beklagde rustte in beide gevallen de verplichting om transparant te handelen (zie artikelen 1.9, lid 1, en 1.12, lid 2, Aw 2012). Dat betekent dat wanneer zij die aanbestedingsprocedure voortijdig beëindigt, die beëindiging voor alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige gegadigden duidelijk moet zijn.
- 5.4. Indien een aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure voortijdig wenst te beëindigen, kan hij dat alleen doen met het formulier 'Kennisgeving van aanvullende informatie, over een onvolledige procedure of rectificatie'. Beklagde heeft

in hoofdstuk VI van de kennisgeving van 16 juni 2016 bepaald dat deze aankondiging een onvolledige procedure betreft, dat de gunningsprocedure niet tot de gewenste resultaten heeft geleid en dat de opdracht wellicht opnieuw wordt aangekondigd (paragrafen VI.1 en VI.2 van de kennisgeving, zie 1.6 hiervoor). Ten slotte is bij 'Overige nadere inlichtingen' bepaald dat de publicatie abusievelijk is geplaatst op TED, dat om dit te corrigeren publicatie dient te worden beëindigd, dat hetzelfde project per omgaande opnieuw wordt gepubliceerd onder [Tender-Ned-kenmerk B] met daarin één wijziging, namelijk de wijziging van het contactpunt (paragraaf VI.4, zie 1.6 hiervoor).

- 5.5. De titel van de kennisgeving ('Kennisgeving van aanvullende informatie, over een onvolledige procedure of rectificatie') en de plaats in de kennisgeving waar de aanbestedende dienst melding maakt van de beëindiging (namelijk: aan het einde van de kennisgeving) dragen niet heel erg bij aan de gewenste helderheid van communicatie. Van dit verplicht te gebruiken formulier kan de titel en plaats van de relevante inlichtingen echter niet worden gewijzigd. Wel had beklagde in paragraaf VI.2 naar het oordeel van de Commissie beter kunnen kiezen voor de melding 'De gunningsprocedure is afgebroken'. Ook had beklagde de voortijdige beëindiging van de aanbestedingsprocedure in paragraaf VI.4 beter voor het voetlicht kunnen brengen.
- 5.6. Het voorgaande laat onverlet dat de Commissie van oordeel is dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige gegadigden op grond van de kennisgeving van 16 juni 2016 hadden moeten begrijpen dat de aanbestedingsprocedure werd beëindigd. Bij een 'Kennisgeving van aanvullende informatie, over een onvolledige procedure of rectificatie' zullen de gegadigden heel alert moeten zijn. Als de betekenis van de publicatie hen niet duidelijk was, hadden zij navraag moeten doen bij beklagde. Ook behoort het tot hun verantwoordelijkheid nieuwe aankondigingen in de gaten te houden. Klager is de enige gegadigde die een aanmelding heeft ingediend in de eerste aanbestedingsprocedure 'Fort X'. In de nieuwe aanbestedingsprocedure 'Fort X plaatsnaam' hebben tien gegadigden een aanmelding ingediend.
- 5.7. Aangezien het normaal gesproken technisch niet meer mogelijk zou moeten zijn om na beëindiging van een aanbestedingsprocedure een aanmelding in Tender-Ned in te dienen, mocht ook beklagde daarvan uitgaan. Ook in dat licht had beklagde er op mogen vertrouwen met de in 5.4 bedoelde kennisgeving voldoende transparant te hebben gehandeld.
- 5.8. Dit betekent dat de eerste aanbestedingsprocedure (Fort X) voortijdig is beëindigd. In het licht van het voorgaande komt het indienen van een aanmelding in de reeds beëindigde aanbestedingsprocedure voor risico van klager (vgl. Vزر. Rb. Midden-Nederland 8 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2610, JAAN 2015/143, m.nt. Van Blaaderen en Damsma).
- 5.9. De Commissie is van oordeel dat beklagde niet was gehouden de beëindigde aanbestedingsprocedure in de gaten te blijven houden. Op het moment dat beklagde ontdekte dat klager een aanmelding had ingediend in de beëindigde aanbestedingsprocedure heeft zij klager zo snel mogelijk geïnformeerd dat klager de stukken in het verkeerde dashboard had ingediend. Beklagde hoefde klager niet te informeren over de selectieprocedure in de tweede aanbestedingsprocedure (Fort X plaatsnaam), omdat klager geen gegadigde in die procedure was.
- 5.10. Daarmee is de klacht ongegrond.

## 6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegron**d.

## 7. Aanbeveling

Niettegenstaande de eigen verantwoordelijkheid van gegadigden en inschrijvers om goed op te letten, dient een aanbestedende dienst – mede gelet op de ingrijpende gevolgen voor betrokkenen – een voortijdige beëindiging van de aanbestedingsprocedure zo helder mogelijk te communiceren. Van het verplicht te gebruiken formulier ('Kennisgeving van aanvullende informatie, over een onvolledige procedure of rectificatie') dragen de titel en opzet niet heel erg bij aan de gewenste helderheid van communicatie. Daarmee is het nog belangrijker de voortijdige beëindiging van de aanbestedingsprocedure zo helder mogelijk in de kennisgeving te formuleren. Tevens beveelt de Commissie aanbestedende diensten aan gebruik te maken van de (eenvoudige) mogelijkheid via TenderNed of een ander elektronisch aanbestedingssysteem aan (potentiële) gegadigden en (potentiële) inschrijvers afzonderlijk een bericht te sturen om hen te attenderen op de voortijdige beëindiging van de aanbestedingsprocedure.

Den Haag, 14 oktober 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid