

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 484 | Samenvatting

Tussen de aanbesteder en de ondernemer is een raamovereenkomst tot stand gekomen. De klacht ziet op een nadere offerteaanvraag onder die raamovereenkomst voor een overheidsopdracht voor diensten betreffende het schrijven van praktijkvoorbeelden op het gebied van inkopen in het sociaal domein, maatschappelijk verantwoord inkopen, circulair inkopen en innovatiegericht inkopen.

In de nadere offerteaanvraag is bepaald dat de nadere offertes per e-mail dienen te worden verzonden. De ondernemer heeft om 11:59 uur een e-mail met zijn offerte naar de aanbesteder verzonden. De aanbesteder stelt dat hij deze e-mail één minuut te laat heeft ontvangen en dat hij de offerte om die reden van verdere beoordeling heeft uitgesloten. De ondernemer stelt dat die uitsluiting niet terecht is.

Naar het oordeel van de Commissie zal iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver hetgeen in de nadere offerteaanvraag is bepaald ten aanzien van de uiterste termijn voor het indienen van de nadere offertes uitleggen in de zin dat de sluitingstermijn voor het inleveren van de offertes afliep op 28 augustus 2018 om 12:00 uur en dat wanneer een offerte op dat moment niet in het bezit was van de aanbesteder, die offerte zou worden uitgesloten van beoordeling.

De Commissie komt tot het oordeel dat voor het antwoord op de vraag of de offerte tijdig is ingediend, bepalend is of de aanbesteder die offerte op de aangegeven datum en het aangegeven tijdstip feitelijk in zijn macht heeft, in die zin dat hij vanaf dát moment de interne doorgeleiding kan beheersen van de e-mail, met daarin de offerte van de ondernemer, naar de mailbox die behoort bij het in de offerteaanvraag genoemde e-mailadres voor indiening van de offerte. Naar het oordeel van de Commissie is dat moment aangebroken wanneer die e-mail is afgeleverd op de externe mailrelay van de aanbesteder.

De Commissie stelt vast dat uit de door de aanbesteder verstrekte informatie blijkt dat de e-mail van de ondernemer met daarin zijn offerte is afgeleverd op de externe mailrelay van de aanbesteder op 28 augustus 2018, ná 12:00 uur. Dit betekent dat de ondernemer zijn offerte te laat heeft ingediend. De Commissie oordeelt dat de aanbesteder de offerte van de ondernemer terecht van de beoordeling heeft uitgesloten en acht de klacht ongegrond.

Aan het eind van het Advies beveelt de Commissie aanbestedende diensten aan om in een geval als het onderhavige de nadere offertes niet per e-mail te laten indienen, althans niet zonder dat is voorzien in bepaalde waarborgen ter voorkoming van een mogelijke inbreuk op art. 2:108 Aw 2012.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 484

1. Feiten

- 1.1. Op 14 april 2016 heeft aanbesteder, na een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure, de raamovereenkomst Communicatieadvies en -uitvoering gesloten met vijf ondernemers.
- 1.2. In de Raamovereenkomst Communicatieadvies en -uitvoering van 14 april 2016 (hierna: de Raamovereenkomst) is, onder meer, het volgende bepaald.

'(...)

3. Nadere gunning – minicompetitie

(...)

3.3 Opdrachtnemer moet binnen de in een Offerteaanvraag genoemde termijn, met inachtneming van het bepaalde in de Offerteaanvraag en de Overeenkomst [*de raamovereenkomst, Commissie*], een Nadere Offerte uit te brengen. (...)

(...)'

- 1.3. Aanbesteder heeft op 16 augustus 2018, in het kader van de raamovereenkomst Communicatieadvies en -uitvoering, aan alle raamcontractanten een nadere offerteaanvraag gestuurd voor een overheidsopdracht voor diensten betreffende het schrijven van praktijkvoorbeelden op het gebied van inkopen in het sociaal domein, maatschappelijk verantwoord inkopen, circulair inkopen en innovatiegericht inkopen.
- 1.4. Op 16 augustus 2018 heeft aanbesteder de nadere offerteaanvraag aan ondernemer verstuurd, begeleid door het volgende e-mailbericht.

'Hierbij nodig ik u uit om een offerte uit te brengen voor Praktijkvoorbeelden (...). Voor specifieke informatie verwijst ik u naar de bijlage [*zie 1.5 hierna, Commissie*]. Deadline voor de vragenronde is gesteld op 21 augustus 2018, 12:00 uur. Het indienen van de Nadere Offerte is gesteld op 28 augustus 2018, 12:00 uur.

Alle correspondentie met betrekking tot deze offerteaanvraag vindt plaats via [E-mailadres Aanbesteder] en een CC naar [E-mailadres Medewerker Aanbesteder].'

- 1.5. In de nadere offerteaanvraag van 16 augustus 2018 is, onder meer, het volgende bepaald.

'Hierbij nodig ik u uit om (...) een Nadere Offerte uit te brengen voor het 'schrijven van praktijkvoorbeelden (...)' voor een periode tot 30 juli 2019.

Deze Nadere Offerteaanvraag vindt plaats binnen de Raamovereenkomst Communicatieadvies en -uitvoering. Een zelfde offerteverzoek richt ik aan de andere raamcontractanten binnen de hierboven genoemde Raamovereenkomst.

(...)

Gelegenheid tot het stellen van vragen

Vragen dienen tijdig (zie planning) per e-mail te worden gesteld aan de volgende contactpersoon (...):[E-mailadres Aanbesteder] en in CC aan [E-mailadres Medewerker Aanbesteder].

Alle vragen en bijbehorende antwoorden zullen gelijktijdig geanonimiseerd aan alle uitgenodigde inschrijvers per e-mail worden verzonden.

Deze maken een integraal onderdeel uit van deze offerteaanvraag.

Indiening van de offerte

De offerte dient tijdig (zie planning) per e-mail te worden gezonden naar bovenstaande contactpersoon (...).

De datum van indienen, dient als een fataal moment te worden beschouwd. Het risico van vertraging door onjuiste of onvolledige adressering is voor u. Offertes en stukken die niet op genoemde datum in het bezit zijn, worden van de beoordeling van de offertes uitgesloten.

(...)

Planning

Deadline	Activiteit
Donderdag 16 augustus 2018	Versturen Nadere Offerteaanvraag
Dinsdag 21 augustus 2018, 12:00 uur	Deadline voor het stellen van vragen naar aanleiding van de Nadere Offerteaanvraag
Donderdag 23 augustus 2018	Versturen Nota van Inlichtingen
Dinsdag 28 augustus 2018, 12:00 uur	Deadline voor het indienen van de Nadere Offerte
t/m maandag 3 september 2018	Beoordeling van de Nadere Offerte
Week 37 2018	Versturen mededeling gunningsbeslissing
Week 37 2018	Startdatum uitvoering Nadere Overeenkomst

[Aanbesteder] behoudt het recht om de data, zoals deze hierboven zijn aangegeven, aan te passen als de (in- en externe) omstandigheden daar naar de mening van [Aanbesteder] om vragen. Indien dat het geval is, zal [Aanbesteder] alle deelnemende raamcontractanten tijdig informeren.

(...)

Overige

(...)

Door het indienen van een offerte verklaart u te voldoen aan alle in deze offerteaanvraag gestelde eisen en akkoord te gaan met alle hierin gestelde voorwaarden en condities. Indien u hiervan afwijkt, kan dit leiden tot terzijde leggen van uw offerte. Uw offerte komt in dat geval niet voor gunning van de opdracht in aanmerking.

(...)

- 1.6. Op 24 augustus 2018 heeft aanbesteder de Nota van Inlichtingen verstuurd.
- 1.7. Op 28 augustus 2018 heeft ondernemer onderstaande e-mail met zijn offerte verzonden aan aanbesteder.

Van: [E-mailadres Ondernemer]

Verzonden: Dinsdag 28 augustus 2018 12:01
Aan: [E-mailadres Aanbesteder]
CC: [E-mailadres Medewerker Aanbesteder]; (...)
Onderwerp: Offerteaanvraag Praktijkvoorbeelden (...)
Bijlagen: [Offerte Ondernemer]; (...)

(...)

Hierbij brengen we offerte uit op praktijkvoorbeelden (...).

(...)'

- 1.8. Op 30 augustus 2018 heeft ondernemer het onderstaande e-mailbericht aan aanbesteder verzonden.

'Vandaag is mijn collega (...) gebeld met de mededeling dat onze offerte (...) niet wordt beoordeeld.

Als reden is gegeven dat onze offerte 1 minuut te laat door [Aanbesteder] is ontvangen.

Wij maken hiertegen bezwaar en verzoeken u dit besluit te heroverwegen. Hiervoor hebben wij de volgende argumenten:

1) In de eerste plaats heeft [Aanbesteder] in de offerteaanvraag (...) een planning opgenomen. Op pagina 5 staat dat de nota van inlichting op donderdag 23 augustus naar de bureaus verstuurd zou worden [*zie de tabel onder 'Planning' in de Nadere Offerteaanvraag in 1.5 hiervoor, Commissie*]. Dit is niet gebeurd. [Aanbesteder] heeft pas op vrijdag 24 augustus de antwoorden op de gestelde vragen gemaïld. Hierover is vooraf maar ook achteraf door u geen afstemming gezocht. Dit is niet conform de minimumtermijn die moet zitten tussen nota van inlichtingen en indiening van de inschrijving. Wij hebben door eenzijdige aanpassing van deze planning minder tijd gekregen om de offerte op te stellen, waardoor wij in tijdnood kwamen en zaken op het laatste moment moesten afronden. Wanneer [Aanbesteder] zich wel aan de eigen planning had gehouden, dan was dit niet gebeurd. Wij hadden daar immers rekening mee gehouden. Wanneer u vervolgens onze inschrijving terzijde legt omdat die 1 minuut te laat is ontvangen, dan beoordelen wij dit als een disproportionele maatregel, die bovendien niet getuigd van behoorlijke wijze van inkopen en die onredelijk en onbillijk is.

2) In de tweede plaats zijn wij nagegaan wanneer deze mail exact is verstuurd en door de servers van [Aanbesteder] is ontvangen. Volgens onze systemen is de e-mail voor 12 uur verstuurd en ook door uw servers ontvangen. Er kan een vertraging zijn opgetreden tussen ontvangst door uw mailserver en ontvangst in uw mailbox door veiligheidsprocedures aan uw kant, bijvoorbeeld door virusscanners. Deze vertraging kan oplopen tot wel tien minuten, afhankelijk van het beveiligingsniveau van uw servers en de zwaarte van de verzonden bestanden. In dit geval gaat het om 1 minuut. Wij vragen u hiervan bewust te zijn van deze vertraging en rekening te houden met het feit dat dit een reëel en voorstelbaar scenario is.

3) Ten slotte attenderen wij u erop dat er geen wettelijke gronden zijn voor het nemen van een dergelijke maatregel - het terzijde leggen van de inschrijving - in een situatie waarbij sprake is van een raamovereenkomst met mini-competities. Dit is een beslissing die u zelf kunt nemen. Bij aanbestedingen is de situatie anders, en strenger. In dit geval kunt u anders besluiten zonder juridische gevolgen.

(...)'

- 1.9. Op 4 september 2018 reageert aanbesteder in een e-mailbericht als volgt op het bericht van ondernemer van 30 augustus 2018.

'Bij punt 2 stelt u dat u de offerte voor de deadline (12:00 uur) heeft verstuurd. Als u daar bewijsstukken van heeft, ontvangen wij deze alsnog van u zodat de gegevens geverifieerd kunnen worden.

Deze gegevens ontvang ik graag vandaag (4 september) van u.'

- 1.10. Op 4 september 2018 stuurt ondernemer per e-mail het door aanbesteder in het bericht van 4 september 2018 gevraagde bewijsstuk (zie 1.9 hiervoor) in PDF. Hierin is het volgende opgenomen.

'From: [E-mailadres Ondernemer]
To: [E-mailadres Aanbesteder]
CC: [E-mailadres Medewerker Aanbesteder], (...)
Subject: Offerteaanvraag (...)
Thread-Topic: Offerteaanvraag (...)
Thread-Index: [code niet opgenomen, Commissie]
Date: Tue, 28 Aug 2018 09:59:03 +0000
[code niet opgenomen, Commissie]'

- 1.11. Op 4 september 2018 doet aanbesteder bij zijn ICT-afdeling de onderstaande melding van een storing.

'Omschrijving van de storing:

28 augustus heeft een leverancier een offerte gestuurd naar [Medewerker van Aanbesteder] en een functionele postbus. De deadline voor het leveren van deze offerte was 12:00 (op 28-08-18), echter zijn de mailtjes op 12:01 ([Medewerker van Aanbesteder]) en 12:02 (postbus) binnen gekomen. De leverancier geeft hierop aan bezwaar te maken omdat ze de mail wel op tijd aangeleverd hebben, en dat het door een vertraging op onze servers komt. Het zou wel tien minuten kunnen duren voordat onze servers de mail doorsturen volgens de leverancier.

De mail is verstuurd door [E-mailadres Ondernemer] en de ontvangers zijn:

[E-mailadres Medewerker Aanbesteder] en [E-mailadres Aanbesteder].

(...).'

- 1.12. De ICT-afdeling van aanbesteder heeft als volgt op de storingsmelding van aanbesteder (zie 1.11 hiervoor) gereageerd.

'De gegevens in de PDF kunnen gemanipuleerd worden. Beter is dat de externe partij de verzonden e-mail als bijlage toestuurt.

Op de volgende pagina lees ik het volgende:

<https://www.timeanddate.com/time/zones/gmt>

"Email Time Zone Indicator: +0000. An email sent from someone in the Greenwich Mean Time (GMT) time zone will have the time zone listed as "+0000" in the headers of the email. (However, "+0000" does not have to be in Greenwich Mean Time, as other time zones could have the same UTC offset)."

In de header van de mail staat het volgende tijdstip: 28 Aug 2018 09:59:03 +0000. Indien de mail verstuurd is vanuit een andere tijdzone (-2 uur) is de mail dus om 11:59:03 verzonden en met enkele minuten vertraging aangekomen. Dit lijkt ook het geval te zijn als ik kijk naar de bevindingen van [het Datacenter]: In de logging van onze mail-relay servers zie ik 2 mailen voorbij komen van [Email-adres Ondernemer] op de 28-8.

1 is doorgezet naar de exchange server (...) om 12:01:46 via onze interne mail-relay (...) (kwam binnen op de externe mail-relay (...) om 12:01:08) met als onderwerp Offerteaanvraag

Praktijkvoorbeelden (...)

[Informatie over tweede e-mail niet opgenomen aangezien dit een ander offerte-traject betreft, Commissie].

Ik heb de gebruiker gebeld en geïnformeerd. Ticket mag worden gesloten.'

- 1.13. Gevraagd door aanbesteder naar de bron van het bewijsstuk dat ondernemer op 4 september 2018 aan aanbesteder heeft gestuurd (zie 1.10 hiervoor) en hoe aanbesteder dit document dient te interpreteren, heeft ondernemer op 5 september 2018 het volgende e-mailbericht aan aanbesteder gestuurd.

'In de bijlage (opnieuw bijgevoegd en gemarkeerd) kun je zien dat de betreffende e-mail om 9.59.03 is verstuurd. De aangegeven tijd is 2 uur vroeger dan de tijd in Nederland. De betreffende e-mail is vanwege tijdsverschil dus in de praktijk twee uur later verstuurd, namelijk om 11.59 uur en 2 seconden. Zoals ik al zei: voor 12 uur. De ontvangers van de betreffende mails heb ik ook gearceerd. Daarnaast zie je verschillende referentiecodes. Dat zijn unieke codes voor elke e-mail. Zo kun je zien dat het om die ene e-mail gaat. Met deze unieke codes kan jullie ICT-afdeling in jullie systemen zien dat de e-mail ook daadwerkelijk is ontvangen.

(...).'

- 1.14. Bij brief van 17 september 2018 heeft aanbesteder ondernemer medegedeeld dat zijn offerte van de beoordeling wordt uitgesloten.

'Op 28 augustus 2018 heb ik uw offerte ontvangen op de Nadere Offerteaanvraag (...).

Ik heb helaas moeten constateren dat de offerte te laat is ingediend. Uw offerte is daarom uitgesloten van de beoordeling en de gunning.

Op d.d. 30 augustus heeft u al schriftelijk gereageerd op het door ons toen uitgesproken voornemen om uw offerte uit te sluiten [zie 1.8 hiervoor, Commissie]. In uw reactie geeft u drie argumenten waarom uw offerte niet uitgesloten zou moeten worden.

Ten eerste stelt u dat u uw offerte tijdig heeft verstuurd, namelijk om 11:59:03 uur. Dat moge zo zijn, echter het meetpunt is de ontvangst bij ons en dat was na 12:00 uur.

Daarnaast hebt u een technisch document overlegd, waaruit zou moeten blijken dat de offerte op tijd is ingediend [zie 1.10 hiervoor, Commissie]. Uit dit document kan juist opgemaakt worden dat er een gering periode overheen gaat tussen het verzenden en het ontvangen van de offerte. U had rekening moeten houden met enige vertraging die kan ontstaan tussen verzenden door u en ontvangst bij ons.

Ten tweede stelt u dat deze situatie is ontstaan door het feit dat de Nota van Inlichtingen een dag later (d.d. 24 augustus 2018) is verstuurd dan in de planning was opgenomen (d.d. 23 augustus 2018) waardoor u in tijdsgebrek kwam.

U hebt geen contact gezocht met [Aanbesteder] om de ontstane situatie op de hoogte te stellen en een verzoek te doen om de reactietermijn te verleggen. Hier kunt u achteraf niet meer op terug komen.

Ten derde stelt u dat er geen wettelijke gronden zijn voor het nemen van een dergelijke maatregel – het terzijde leggen van een inschrijving bij te laat indienen. Deze maatregel staat inderdaad niet in de aanbestedingsstukken.

Echter zijn er in de Raamovereenkomst en in de Nadere Offerteaanvraag afspraken hierover gemaakt. Waar u zich aan dient te houden.

Voor de proceduremaatregel verwijs ik u naar ad 'Indienen van de offerte' (...) [*zie 1.5 hiervoor, Commissie*]. Offertes en stukken die niet op de genoemde datum in het bezit zijn, worden uitgesloten van de beoordeling van de offertes.

Om de bovengenoemde redenen wordt daarom uw offerte uitgesloten van de beoordeling en de gunning.

(...)'

2. Beschrijving klacht

Aanbesteder heeft de nadere offerte van ondernemer ten onrechte uitgesloten van de verdere beoordeling omdat deze te laat zou zijn ingediend.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Ondernemer merkt ten eerste op dat aanbesteder in de nadere offerteaanvraag een planning heeft opgenomen. In die nadere offerteaanvraag staat dat de Nota van Inlichtingen op donderdag 23 augustus 2018 naar de genodigden verstuurd zou worden (zie 1.5 hiervoor). Dit is volgens ondernemer echter niet gebeurd. Aanbesteder heeft pas op vrijdag 24 augustus 2018 de antwoorden op de gestelde vragen gemaaild. Hierover is vooraf maar ook achteraf door aanbesteder geen afstemming gezocht met gegadigden. Dit is volgens ondernemer niet conform de minimumtermijn die, volgens aanbestedingswetgeving, normaliter behoort te zitten tussen de Nota van Inlichtingen en indiening van de inschrijving. Ondernemer geeft aan door de eenzijdige aanpassing van deze planning minder tijd gekregen te hebben dan verwacht om de offerte op te stellen, waardoor hij in tijdnood kwam en zaken op het laatste moment moest afronden. Wanneer aanbesteder zich wel aan de eigen planning had gehouden, dan was dit niet gebeurd, stelt ondernemer. Hij had daar immers rekening mee gehouden.
- 3.2. Ondernemer stelt dat het terzijde leggen van zijn inschrijving door aanbesteder omdat die 1 minuut te laat is ontvangen een disproportionele maatregel is, die bovendien niet getuigt van behoorlijke wijze van inkopen en die onredelijk en onbillijk is. Ondernemer is het niet eens met de stelling van aanbesteder dat hij met aanbesteder contact had moeten opnemen. Ondernemer merkt op dat achteraf gezien wellicht geconcludeerd kan worden dat het beter was wanneer hij meteen bezwaar had gemaakt, maar dat het er in het proces zelf op leek dat hij de planning wel zou halen. Ook is ondernemer van mening dat aanbesteder hem zelf vooraf actief had kunnen informeren over het feit dat aanbesteder zijn eigen planning niet zou halen. Ondernemer stelt dat hij daarop dan had kunnen inspelen. Op deze stelling heeft aanbesteder volgens ondernemer niet gereageerd.

3.3. Ten tweede merkt ondernemer op dat hij is nagegaan wanneer zijn e-mailbericht exact is verstuurd en door de servers van aanbestedder is ontvangen. Volgens de systemen van ondernemer is de e-mail vóór 12 uur verstuurd en ontvangen door de servers van aanbestedder. Ondernemer geeft aan dat hij in zijn bezwaar (zie 1.8 hiervoor) heeft genoemd dat er een vertraging kan zijn opgetreden tussen ontvangst door de mailserver van aanbestedder (het systeem van aanbestedder) en ontvangst in de mailbox (het Outlook-programma van de afdeling inkoop van aanbestedder). Ondernemer merkt op dat dit twee verschillende zaken zijn. Door veiligheidsprocedures aan de zijde van aanbestedder, bijvoorbeeld door virusscanners, kan een vertraging ontstaan bij het e-mailverkeer van de mailserver van aanbestedder naar de mailbox. Deze vertraging kan volgens ondernemer oplopen tot wel tien minuten, afhankelijk van het beveiligingsniveau van de servers en de zwaarte van de verzonden bestanden. In dit geval gaat het om 1 minuut. Ondernemer geeft aan dat hij aanbestedder heeft gevraagd zich bewust te zijn van deze vertraging en rekening te houden met het feit dat dit een reëel en voorstelbaar scenario is. In zijn reactie gaat aanbestedder hierop volgens ondernemer in het geheel niet in. Ondernemer stelt dat uit de reactie blijkt dat aanbestedder niet op de hoogte is hoe de techniek van mailverkeer werkt: e-mails worden namelijk afgeleverd bij een mailserver van aanbestedder en vanaf die mailserver (na elektronische veiligheidscontroles van aanbestedder) doorgestuurd naar een mailbox van aanbestedder. Ondernemer geeft aan dat de mate van beveiliging bij aanbestedder mede bepaalt hoe lang het duurt voordat een e-mail van de mailserver naar de mailbox gaat. Ondernemer stelt daarmee als leverancier geen rekening te kunnen houden. Bovendien stelt ondernemer van aanbestedder geen bewijs te hebben gekregen dat zijn e-mailbericht niet voor 12 uur door de e-mailserver van aanbestedder is ontvangen.

3.4. Ten derde geeft ondernemer aan dat hij aanbestedder erop heeft geattendeerd dat er geen wettelijke gronden zijn voor het nemen van een dergelijke buitenproportionele maatregel als het terzijde leggen van een inschrijving in een situatie waarbij sprake is van een nadere offerteaanvraag onder een raamovereenkomst. Dit is volgens ondernemer een beslissing die aanbestedder zelf kan nemen. Ondernemer merkt op dat aanbestedder in dit verband in de reactie op het bezwaar van ondernemer (zie 1.14 hiervoor) verwijst naar de nadere offerteaanvraag (zie 1.5 hiervoor). Ondernemer wijst op de volgende passage uit deze nadere offerteaanvraag:

'De datum van indienen, dient als een fataal moment te worden beschouwd. Het risico van vertraging door onjuiste of onvolledige adressering is voor u. Offertes en stukken die niet op genoemde datum in het bezit zijn, worden van de beoordeling van de offertes uitgesloten.'

3.5. Ondernemer merkt op dat aanbestedder het hier niet heeft over een exact tijdstip, maar uitsluitend over 'datum'. Ondernemer geeft aan dat hij in de praktijk natuurlijk altijd volop rekening houdt met de wensen van de opdrachtgever wat betreft het tijdstip van indiening, en dat hij offertes altijd op tijd indient. Echter, zo geeft ondernemer aan, gaat het in dit specifieke geval volgens aanbestedder over een overschrijding van de deadline met 1 minuut. Ondernemer wijst erop dat, wanneer aanbestedder in de setting van een nadere offerteaanvraag onder een raamovereenkomst tot op de minuut nauwkeurig klokt, de eigen regels van aanbestedder in de offerteaanvraag hier ook niet expliciet over zijn.

4. Reactie aanbestedder

4.1. Aanbestedder geeft aan dat ondernemer (in combinatie) partij is bij de raamovereenkomst Communicatieadvies en -uitvoering die met aanbestedder is gesloten na een Europese aanbesteding. Voorts geeft aanbestedder aan dat de nadere opdracht op basis van de nadere offerteaanvraag op 16 augustus 2018 reeds is gegund.

- 4.2. Aanbesteder merkt op dat ondernemer terecht aangeeft dat aanbesteder de Nota van Inlichtingen niet op 23 maar op 24 augustus 2018 heeft gestuurd. Aanbesteder gaat echter niet mee in de stelling van ondernemer dat dit niet conform de minimumtermijn is die normaliter behoort te zitten tussen de Nota van Inlichtingen en de indiening van de inschrijving. Aanbesteder stelt dat uitsluitend in artikel 2.54 Aw 2012 een uiterste termijn wordt genoemd waarop de aanbestedende dienst nadere inlichtingen over de aanbestedingsstukken mag verstrekken voor de uiterste datum voor het indienen van de inschrijvingen. Echter, aangezien artikel 2.54 Aw 2012 op onderhavig offertetraject niet van toepassing is, geldt er in dit geval volgens aanbesteder geen wettelijke termijn.
- 4.3. Aanbesteder stelt dat van belang is dat er een redelijke termijn zit tussen het verstrekken van nadere inlichtingen en het indienen van een offerte. Aanbesteder vindt dat hiervan sprake is geweest en dat het verschuiven van de verzending van de Nota van Inlichtingen van 23 naar 24 augustus 2018 hier geen afbreuk aan doet. Volgens aanbesteder wordt dit ook erkend door ondernemer. Aanbesteder wijst er in dit kader op dat ondernemer stelt dat het er in het proces op leek dat hij de planning nog wel zou halen (zie 3.2 hiervoor). Aanbesteder merkt op dat noch ondernemer noch de andere inschrijvers om verlenging van de indieningstermijn hebben verzocht. Aanbesteder stelt dan ook dat niets erop wees dat de indieningstermijn zou moeten worden verlengd.
- 4.4. Aanbesteder stelt voorts dat wanneer ondernemer had gemeend dat de termijn zou moeten worden verlengd, het op de weg van ondernemer had gelegen dit tijdig aan aanbesteder te melden, zodat aanbesteder waar nodig tijdig maatregelen had kunnen nemen. Aanbesteder verwijst hierbij naar overweging 5.4.1 van Advies 440 van de Commissie:
- ‘Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) gegadigde of inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver - mogelijke - inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven’.
- 4.5. Aanbesteder wijst erop dat in de Nadere offerteaanvraag (zie 1.5 hiervoor) en in het begeleidende e-mailbericht (zie 1.4 hiervoor) staat dat de deadline voor het indienen van een offerte 28 augustus 2018, 12:00 uur is. Offertes moesten worden gezonden naar het e-mailadres van aanbesteder en in CC aan het e-mailadres van een medewerker van aanbesteder.
- 4.6. Aanbesteder stelt dat uit jurisprudentie blijkt dat een inschrijver het risico draagt voor de tijdige aanwezigheid van zijn inschrijving. Aanbesteder merkt op: hoe vervelend dat ook kan zijn, te laat is te laat, ook al betreft het slechts een minuut. Aanbesteder stelt dat hij gelet op het gelijkheidsbeginsel ook niet anders heeft kunnen handelen dan hij heeft gedaan. Te meer daar in de nadere offerteaanvraag expliciet is opgenomen dat offertes en stukken die niet op genoemde datum in het bezit zijn, van de beoordeling van de offertes worden uitgesloten (zie 1.5 hiervoor). Aanbesteder stelt dat als hij hiervan was afgeweken en alsnog de offerte van ondernemer in de beoordeling had meegenomen, hij niet alleen het gelijkheidsbeginsel, maar ook het transparantiebeginsel zou schenden. Immers zou dan zijn afgeweken van de gestelde sanctie in de nadere offerteaanvraag.

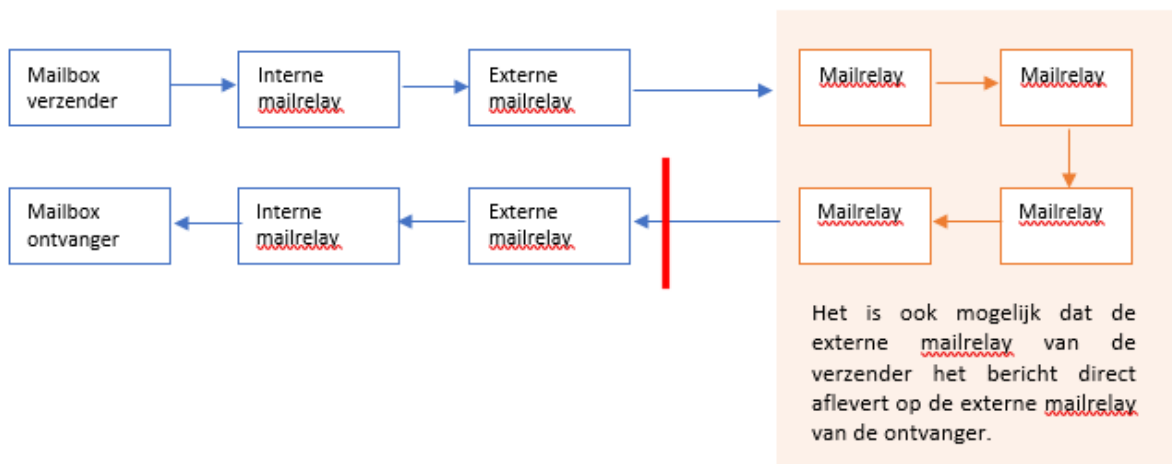
- 4.7. In casu is volgens aanbesteder ook niet gebleken van omstandigheden aan de zijde van aanbesteder die mogelijk – mocht daar al ruimte voor zijn – tot andere inzichten leiden. Aanbesteder stelt dat uit onderzoek door zijn ICT-afdeling namelijk is gebleken dat er rondom de ontvangsttijd van de inschrijving van ondernemer geen storingen zijn geweest in het berichtenverkeer via e-mail (zie 1.12 hiervoor).
- 4.8. Ten aanzien van de stelling van ondernemer dat in de nadere offerteaanvraag over een datum wordt gesproken en niet over een exact tijdstip, merkt aanbesteder het volgende op. Aanbesteder stelt dat hij zowel in de nadere offerteaanvraag als in de begeleidende mail duidelijk heeft aangegeven dat de deadline voor het indienen van een offerte 28 augustus 2018, 12:00 uur was (zie 1.4 en 1.5 hiervoor). Het was voor inschrijvers dan ook voldoende duidelijk dat de sluitingstermijn voor het indienen van de nadere offertes viel op datum en tijd (28 augustus 2018, 12:00 uur). Volgens aanbesteder heeft ondernemer niet gesteld en is evenmin uit het handelen van ondernemer gebleken dat hij op enig moment in onzekerheid heeft verkeerd over (de wijze van aankondiging van) het tijdstip van de sluitingstermijn of dat hij om die reden te laat is geweest. Aanbesteder verwijst in dit kader naar Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 juni 2001, ECLI:NL:GHSHE:2001:AD8669.
- 4.9. Aanbesteder heeft op verzoek van de Commissie op 26 november 2018 aanvullende technische informatie verschaft over het traject dat de e-mail, met daarin de nadere offerte van ondernemer, op 28 augustus 2018 heeft afgelegd vanaf de binnenkomst op de systemen van aanbesteder tot aan de aflevering in de mailbox die behoort bij het in de offerteaanvraag genoemde e-mailadres voor indiening van de offerte (zie 1.5 hiervoor). Uit de verstrekte informatie blijkt dat de e-mail van ondernemer om 12:01:08 uur op de systemen van aanbesteder binnenkwam en dat de e-mail vervolgens, na een aantal technische tussenstappen die verband houden met verificatie en virusscan om 12:01:47 in de mailbox van aanbesteder werd afgeleverd.

5. Beoordeling

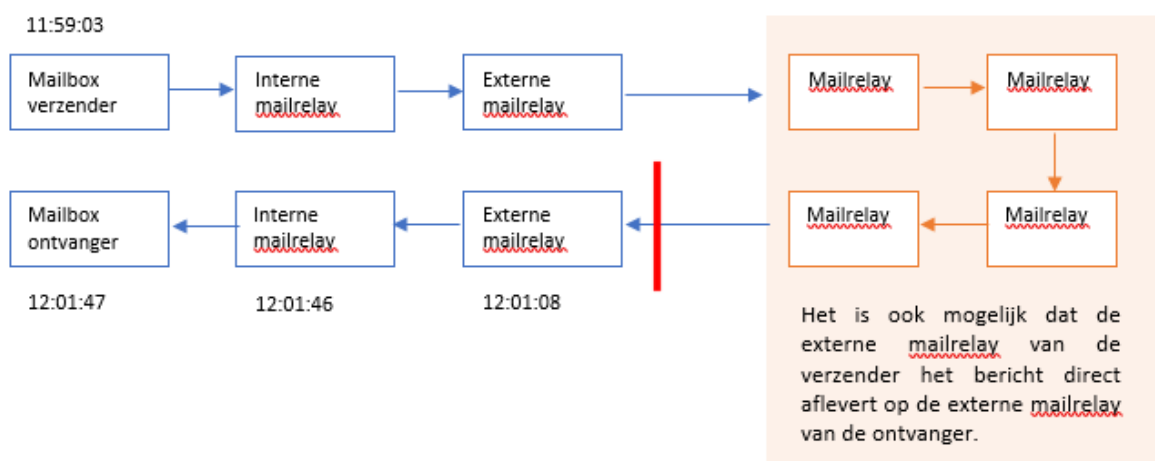
- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 16 augustus 2018, in het kader van de raamovereenkomst Communicatieadvies en -uitvoering, aan alle raamcontractanten een nadere offerteaanvraag heeft gestuurd voor een overheidsopdracht voor diensten betreffende het schrijven van praktijkvoorbeelden op het gebied van inkopen in het sociaal domein, maatschappelijk verantwoord inkopen, circulair inkopen en innovatiegericht inkopen. Op de procedure voor de nadere offerteaanvraag onder een raamovereenkomst zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en Afdeling 2.4.1, van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Alvorens in te gaan op de kern van de klacht – de vraag of ondernemer zijn nadere offerte tijdig heeft ingediend – zal de Commissie zich eerst uitlaten over de vraag of aanbesteder voldoende transparantie heeft betracht ten aanzien van de uiterste termijn voor het indienen van de offerte en de consequentie voor het niet tijdig indienen van een offerte.
- 5.2.1. Bij de beantwoording van die laatste vraag moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant dient te handelen. Naar het oordeel van de Commissie blijft dit artikel ook na de totstandkoming van een Europees aanbestede raamovereenkomst van toepassing en dient het artikel, in de gevallen voorzien in artikel 2.143, lid 1, sub b of c, Aw 2012, te worden toegepast bij de procedure voor een nadere overeenkomst onder die raamovereenkomst (zie Advies 456, overweging 6.2.1).

- 5.2.2. De te beantwoorden vraag is vervolgens of aanbestede aan zijn hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat hij de uiterste termijn voor het indienen van de nadere offertes en de consequentie voor het niet tijdig indienen van een offerte in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers dit op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan de bepaling van de uiterste termijn voor het indienen van de nadere offertes en de consequentie voor het niet tijdig indienen van een offerte in de aanbestedingsstukken moet worden gegeven. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsstukken de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevend betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.
- 5.2.3. In de raamovereenkomst is bepaald dat de opdrachtnemer een nadere offerte binnen de in een offerteaanvraag genoemde termijn dient uit te brengen (zie 1.2 hiervoor).
- 5.2.4. In het begeleidende e-mailbericht bij de nadere offerteaanvraag is aangegeven dat de deadline voor het indienen van de nadere offerte is gesteld op 28 augustus 2018, 12:00 uur (zie 1.4 hiervoor).
- 5.2.5. Vervolgens is in de nadere offerteaanvraag bepaald dat de offerte tijdig per e-mail dient te worden verzonden naar het e-mailadres van aanbestede (zie 1.5 hiervoor onder het kopje "Indienen van de offerte" gelezen in samenhang met de tekst onder het kopje "Gelegenheid tot het stellen van vragen"). Voor wat 'tijdig' inhoudt wordt verwezen naar de planning. In de planning is opgenomen dat de deadline voor het indienen van de nadere offerte dinsdag 28 augustus 2018, 12:00 uur, is (zie eveneens 1.5 hiervoor).
- 5.2.6. In de nadere offerteaanvraag, onder 'Indienen van de offerte', is verder bepaald dat de datum van indienen als een fataal moment dient te worden beschouwd en dat offertes en stukken die niet op de genoemde datum in het bezit zijn van aanbestede van beoordeling worden uitgesloten. Voorts is bepaald dat een inschrijver door het indienen van een offerte verklaart akkoord te gaan met de in de nadere offerteaanvraag gestelde voorwaarden en condities en dat indien een inschrijver hiervan afwijkt dit kan leiden tot het terzijde leggen van zijn offerte (zie opnieuw 1.5 hiervoor).
- 5.2.7. Voor zover ondernemer stelt dat, nu de nadere offerteaanvraag onder 'Indienen van de offerte' alleen spreekt van 'datum' en geen tijdstip noemt, het onvoldoende duidelijk is dat offertes die weliswaar op 28 augustus 2018, maar pas na 12:00 uur, in het bezit zijn van aanbestede van beoordeling zullen worden uitgesloten, kan de Commissie hem daarin niet volgen. Uit het voorgaande blijkt immers dat bij de genoemde datum voor het indienen van de nadere offerte telkens het tijdstip 12:00 uur is vermeld.
- 5.2.8. Naar het oordeel van de Commissie zal iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver hetgeen in de nadere offerteaanvraag is bepaald ten aanzien van de uiterste termijn voor het indienen van de nadere offertes uitleggen in de zin dat de sluitingstermijn voor het inleveren van de offertes afliep op 28 augustus 2018 om 12:00 uur en dat wanneer een offerte op dat moment niet in het bezit was van aanbestede, die offerte zou worden uitgesloten van beoordeling.

- 5.3. Voor zover ondernemer klaagt dat aanbesteder het uiterste moment voor indiening van de nadere offertes ten onrechte niet heeft opgeschoven, vanwege het feit dat de Nota van Inlichtingen een dag later dan was gepland – op 24 in plaats van 23 augustus 2018 – was toegestuurd, heeft ondernemer deze klacht naar het oordeel van de Commissie niet tijdig bij aanbesteder onder de aandacht gebracht.
- 5.3.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) inschrijver immers een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.
- 5.3.2. Ten overvloede merkt de Commissie hierover nog het volgende op. Indien er bij Nota van Inlichtingen flinke wijzigingen in de aanbestedingsstukken worden aangebracht, dient een aanbestedende dienst te bezien of de nog resterende inschrijvingstermijn reëel en proportioneel is en of hij de inschrijvingstermijn dient te verlengen (vgl. Advies 410, overweging 5.6.7 en Advies 221, overweging 5.4.7). Ondernemer heeft echter niet gesteld en dus ook niet onderbouwd dat de inhoud van de Nota van Inlichtingen zodanig was dat de uiterste termijn voor indiening van de nadere offertes moest worden opgeschoven. De termijn voor indiening van de nadere offerte na de Nota van Inlichtingen was wel heel krap: nadat de Nota van Inlichtingen op vrijdag 24 augustus 2018 was toegestuurd, diende de nadere offerte uiterlijk op dinsdag 28 augustus 2018 om 12.00 uur te worden ingediend. Indien een potentiële inschrijver meent dat de inschrijvingstermijn te kort is, ligt het echter op zijn weg om dit vóór het verstrijken van deze termijn aan te kaarten bij de aanbestedende dienst.
- 5.4. De Commissie komt nu toe aan de vraag welk moment bepalend is voor het antwoord op de vraag of ondernemer zijn nadere offerte tijdig heeft ingediend.
- 5.4.1. In de nadere offerteaanvraag is onder 'Indiening van de offerte' bepaald dat offertes en stukken die niet op de genoemde datum (waaronder kan worden begrepen 'dinsdag 28 augustus 2018, 12:00', zie 5.2.8 hiervoor) in het bezit zijn van aanbesteder, van beoordeling worden uitgesloten (zie 1.5 en 5.2.6 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie is voor het antwoord op de vraag of de offerte tijdig is ingediend, bepalend of aanbesteder die offerte op de aangegeven datum en het aangegeven tijdstip feitelijk in zijn macht heeft, in die zin dat hij vanaf dát moment de interne doorgeleiding kan beheersen van de e-mail, met daarin de offerte van ondernemer, naar de mailbox die behoort bij het in de offerteaanvraag genoemde e-mailadres voor indiening van de offerte (zie 1.5 en 5.2.5 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie is dat moment aangebroken wanneer die e-mail is afgeleverd op de externe mailrelay van aanbesteder, zoals in de onderstaande figuur is geïllustreerd.



5.4.2. De Commissie stelt vast dat uit de door aanbesteder verstrekte informatie blijkt dat de e-mail van ondernemer met daarin zijn offerte is afgeleverd op de externe mailrelay van aanbesteder op 28 augustus 2018, ná 12:00 uur en dat die e-mail vervolgens met enige vertraging is afgeleverd in de mailbox die behoort bij het in de offerteaanvraag genoemde e-mailadres voor indiening van de offerte (zie 4.9 hiervoor). De Commissie verwijst in dit verband naar de onderstaande figuur.



5.4.3. Uit het voorgaande volgt dat aanbesteder op 28 augustus 2018 pas ná 12:00 uur de e-mail met de nadere offerte van ondernemer in zijn bezit had. Dat betekent dat ondernemer zijn offerte te laat heeft ingediend.

5.5. De verantwoordelijkheid voor een tijdige inschrijving ligt in beginsel bij ondernemer. Dat kan anders liggen indien moet worden aangenomen dat onvolkomenheden, ondubbelzinnigheden of onduidelijkheden in de aanbestedingsprocedure er toe (kunnen) hebben bijgedragen dat de aanmelding niet, niet tijdig of onvolledig heeft plaatsgevonden (zie Vzr. Rb. Den Haag, 10 oktober 2014, ECLI:RBDHA:2014:12423, r.o. 3.1, JAAN 2014/221 m.nt. T.H. Chen). Van dergelijke onvolkomenheden, ondubbelzinnigheden of onduidelijkheden is naar het oordeel van de Commissie in het onderhavige geval echter geen sprake (zie ook 5.2-5.2.8 hiervoor).

- 5.6. Het niet tijdig bereiken van de externe mailrelay van aanbesteder komt dan ook voor risico van ondernemer. Dit risico kon ondernemer zelf voldoende beheersen door tijdig, en niet pas zeer kort voor de deadline van 12:00 uur, namelijk om 11:59 uur, de e-mail met zijn offerte aan aanbesteder te verzenden (vergelijk Advies 57, overweging 5.6; Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant 23 april 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2603, r.o. 4.5; en Vزر. Rb Den Haag 2 december 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO9274, r.o 3.6.).
- 5.7. Aanbesteder heeft zich naar het oordeel van de Commissie terecht strikt gehouden aan zijn eigen procedureregels, in het bijzonder die met betrekking tot zijn verplichting tot gelijke behandeling jegens de overige inschrijvers, die er immers op mogen vertrouwen dat voor alle inschrijvers dezelfde procedure voor het indienen van de inschrijvingen zal worden gevolgd (vergelijk Advies 220, overweging 5.6).
- 5.8. Het voorgaande betekent dat aanbesteder de nadere offerte van ondernemer naar het oordeel van de Commissie terecht van de beoordeling heeft uitgesloten en dat de klacht ongegrond is.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

In art. 2:108 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst geen kennis neemt van de inhoud van een inschrijving voordat de uiterste termijn voor het indienen van de inschrijving is verstreken. De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan om in een geval als het onderhavige de nadere offertes niet per e-mail te laten indienen, althans niet zonder dat is voorzien in bepaalde waarborgen ter voorkoming van een mogelijke inbreuk op voornoemde bepaling. In het geval dat offertes moeten worden ingediend via e-mail, komen zij immers niet terecht in een omgeving die – zoals een digitale kluis – afgesloten blijft totdat de uiterste termijn voor het indienen van de offertes is verstreken. In plaats daarvan komen zij terecht in een omgeving die voor de aanbesteder toegankelijk is nog voordat de uiterste termijn voor het indienen van de offertes is verstreken. Daarmee wordt het risico in het leven geroepen dat de aanbesteder – in strijd met het bepaalde in art. 2.108 Aw 2012 – kennis neemt van vroegtijdig ingediende offertes.

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

Den Haag, 27 februari 2019

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid