

5. De verplichting tot aankondiging op TenderNed, bestaat die wel?

MR. M.M. FIMERIUS EN MR. W.I. DE VRIES

Velen die (vanuit aanbestedende diensten) te maken hebben met het aanbestedingsrecht, gaan ervan uit dat er een verplichting bestaat om overheidsopdrachten aan te kondigen op TenderNed.¹ Er bestaat echter ook enige onduidelijkheid over de status van TenderNed, welke met name lijkt te worden veroorzaakt door het ontbreken van een vermelding van het begrip 'TenderNed' in de Aanbestedingswet 2012. Is TenderNed wel het verplichte platform waarvoor velen het houden?

Inleiding

In dit artikel gaan wij kort in op de (wettelijke) status van TenderNed, onderzoeken wij of het (wettelijk) verplicht is om overheidsopdrachten te publiceren op TenderNed en of er een consequentie is indien een aanbestedende dienst nalaat om zijn opdracht (eerst) op TenderNed te publiceren. Alvorens wij daaraan toekomen, zullen wij een aantal meer algemene opmerkingen maken over TenderNed en de positie van dit systeem in het Nederlandse aanbestedingsrecht.

Waarom één centraal systeem?

Voordat wij ingaan op de vraag of de publicatieplicht op TenderNed wel bestaat, is het goed om kort inzichtelijk te maken wat de achtergrond is van de – uit de Parlementaire Geschiedenis duidelijk sprekende – wens van de regering inhoudende een publicatieplicht op één centraal systeem.²

Uit de Parlementaire Geschiedenis bij de invoering van de Aanbestedingswet 2012 blijkt dat er in feite twee hoofdargumenten zijn voor het verplicht stellen van de aankondiging op TenderNed: (i) het voorkomen dat gegadigden op meerdere plaatsen moeten zoeken naar opdrachten en (ii) het vereenvoudigen en verbeteren van de naleving van de Europese statistiekverplichting van het Ministerie van

Economische Zaken.³ De regering geeft aan dat het hantieren van één centraal systeem noodzakelijk is om aan de voorgaande doelstellingen te voldoen en ziet het als een overheidstaak om te voorzien in een dergelijk centraal systeem.⁴

De verplichte aankondiging op één centraal systeem is een reactie op de – volgens de regering – tot de Aanbestedingswet 2012 bestaande 'vrije praktijk' (t.a.v. de wijze waarop wordt gepubliceerd) die, in de woorden van de regering, leidde tot een "onvoldoende juiste en zorgvuldige" naleving van de aanbestedingsrichtlijnen.⁵ Om dit te verbeteren werd aangekondigd dat in TenderNed controlemechanismen zouden worden ingebouwd die een gedeeltelijke check doen op de juistheid van de aankondiging. Deze controlemechanismen zouden er in combinatie met een verwijzing naar de relevante regelgeving (voorzien van een toelichting) toe moeten leiden dat de aanbestedingsrichtlijnen in Nederland beter worden nageleefd. Of dit gelukt is, valt lastig te zeggen. De nalevingsmetingen over 2012 en 2014 lijken tussen 2012 en 2014 geen grote verbeteringen te laten zien in de naleving van de verplichtingen uit hoofde van het Europees aanbestedingsrecht.⁶

Desalniettemin lijken de argumenten van de regering voor het verplicht gebruik van een centraal digitaal platform

1 Datzelfde geldt voor de verplichting van aanbestedende diensten om gebruik te maken van TenderNed als er in de Aanbestedingswet 2012 wordt gesproken over 'het elektronische systeem voor aanbestedingen' (vgl. art. 2.134 Aanbestedingswet 2012). Daar waar in dit artikel wordt gesproken over de verplichte aankondiging van een overheidsopdracht op TenderNed, dienen ook te worden verstaan de overige verplichte aankondigingen op TenderNed.

2 Vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 18 en p. 28.

3 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 18.

4 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 38.

5 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 72.

6 Significant (in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken), *Nalevingsmeting 2012 en 2014*, Barneveld: Significant 2015. De meting over 2012 en 2014 is volgens het rapport (pagina 13) niet vergelijkbaar met de nalevingsmeting over 2010 en eerder, omdat voor 2012 en 2014 een andere onderzoeksmethode is gekozen.

legitiem.⁷ Met name de functie van TenderNed als centrale plaats waar alle aanbestede overheidsopdrachten samenkomen, oogt zinvol. Ook de Europese Commissie lijkt het verplichte gebruik van TenderNed legitiem te achten in haar – met betrekking tot staatssteun gegeven – beschikking van 18 december 2014 (C (2014) 9548 final). Datzelfde geldt voor het Gerecht toen zij diende te oordelen over de voornoemde beschikking van de Europese Commissie.⁸

Is aankondigen via TenderNed verplicht?

Hoewel het verplicht gebruik van een centraal systeem voor alle aankondigingen legitiem oogt, is daarmee nog niet gezegd dat TenderNed in Nederland als het verplichte centrale systeem is aangemerkt.

Geen duidelijke aanwijzing in formele of materiële wetgeving

In dat kader kan worden opgemerkt dat uit het EU-recht (de aanbestedingsrichtlijnen) geen verplichting lijkt te kunnen worden afgeleid om een centraal aankondigingsplatform te hanteren.⁹ Weliswaar bepalen de richtlijnen dat aanbestedingsprocedures (waaronder de aankondiging van de opdracht en de bekendmaking van de gunning) in beginsel digitaal dienen te verlopen, maar daarmee is nog niet gezegd dat dit op nationaal niveau via één centraal platform zou moeten plaatsvinden.¹⁰

Hoewel de noodzaak daartoe dus niet direct lijkt voort te vloeien uit de Europese wetgeving, is wel duidelijk dat de Aanbestedingswet 2012 aanbestedende diensten verplicht om alle overheidsopdrachten waarvoor een Europese of nationale aanbestedingsprocedure wordt doorlopen, bekend te maken op één centrale plaats.¹¹ Deze plaats wordt in de Aanbestedingswet 2012 aangeduid als ‘het elektronische systeem voor aanbestedingen’.¹²

De relevante vraag is dan ook of TenderNed het hiervoor bedoelde elektronische systeem voor aanbestedingen is. Uit de Aanbestedingswet 2012 zelf wordt dit niet duidelijk. Artikel 1.1 van deze wet verwijst voor de definitie van ‘elektronisch systeem voor aanbestedingen’ naar artikel 4.13 van de Aanbestedingswet 2012. Dit artikel bepaalt vervolgens niet veel meer dan dat de minister een systeem voor elektronische aanbestedingen inricht, dat voldoet aan de in

artikel 4.13 Aanbestedingswet 2012 genoemde kenmerken. Uit de Aanbestedingswet 2012 zelf kan niet worden afgeleid welk systeem moet worden aangemerkt als het in de wet bedoelde elektronische systeem voor aanbestedingen.

Opvallend is echter dat ook in de overige formele en/of materiële wetgeving, noch in enig door de minister genomen besluit, lijkt terug te vinden welk systeem nu moet worden aangemerkt als het in de Aanbestedingswet 2012 bedoelde ‘elektronisch systeem voor aanbestedingen’.¹³ Dit bevremdt toch enigszins; het was logisch geweest als de minister ter uitvoering van zijn taak uit hoofde van artikel 4.13 Aanbestedingswet 2012 op zijn minst een besluit had genomen waarin TenderNed zou zijn aangewezen als het systeem als bedoeld in artikel 1.1 juncto 4.13 Aanbestedingswet 2012. Nu blijft dat in het luchtledige hangen.

Hoewel de memorie van toelichting op de Aanbestedingswet 2012 duidelijk maakt dat met het ‘elektronische systeem voor aanbestedingen’ wordt bedoeld op TenderNed, heeft de memorie van toelichting geen materieel-rechtelijke status. Als het erop aankomt, is de memorie van toelichting slechts één van de middelen aan de hand waarvan het recht kan worden gevonden.¹⁴ De stelling van de regering dat zij door middel van de Aanbestedingswet 2012 (lees: door middel van de toelichting daarop) TenderNed het exclusieve recht heeft verleend om op te treden als het in artikel 4.13 Aanbestedingswet 2012 bedoelde elektronische systeem voor aanbestedingen, oogt dan ook niet zuiver.¹⁵ Wij menen dat het gezien het vorenstaande maar zeer de vraag is of TenderNed op een staatsrechtelijk juiste en zuivere wijze is aangemerkt als het ‘elektronische systeem voor aanbestedingen’.

Waar brengt dit ons?

De vraag dringt zich op waar dit ons brengt. Is het hanteren van TenderNed dan niet verplicht? Wij menen dat de soep wellicht niet zo heet gegeten wordt als hij wordt opgediend.

Hoewel er vraagtekens kunnen worden gezet bij de wijze waarop TenderNed is aangewezen als het elektronische systeem voor aanbestedingen, is uit de wetsgeschiedenis bij zowel de invoering van de Aanbestedingswet 2012 als bij de herziening daarvan duidelijk dat de wetgever met ‘elektronisch systeem voor aanbestedingen’ doelt op TenderNed. Bij de uitleg van de bepalingen in de Aanbestedingswet 2012 die spreken van het elektronische systeem voor aanbestedingen, zal een rechter vermoedelijk (veel) waarde toekennen aan de in de wetsgeschiedenis neergelegde

7 Gezien het grote belang dat de regering blijkens de parlementaire geschiedenis hecht aan het gebruik van TenderNed, is opvallend dat de Rechtbank Den Haag in haar vonnis van 14 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:13440, r.o. 5.3 geen consequentie heeft verbonden aan het door de aanbestedende dienst in zijn publicatie op TenderNed niet volledig vermelden van de rechtspersonen die optreden als aanbestedende dienst.

8 GvEA 28 september 2017, T-138/15.

9 Vgl. art. 22 en 53 van richtlijn 2014/24/EU.

10 Vgl. uit richtlijn 2014/24/EU de artikelen 22 en 53 alsmede overweging 52.

11 Vgl. o.a. de artikelen 1.18 en 2.62 Aanbestedingswet 2012.

12 Vgl. o.a. de artikelen 1.18 en 2.62 Aanbestedingswet 2012.

13 Wij hebben gezocht in zowel het Staatsblad als de Staatscourant met de zoektermen ‘TenderNed’, ‘Elektronisch systeem voor aanbestedingen’, ‘Elektronische systeem voor aanbestedingen’ en ‘artikel 4.13 Aanbestedingswet 2012’.

14 Vgl. De interessante dissertatie van Groenewegen: F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming* (diss. UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006; vgl. ook W. Snijders, ‘Parlementaire geschiedenis: zin en onzin’, *WPNR* 2008/6774, p. 845-846.

15 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 114.

expliciete bedoeling van de wetgever dat TenderNed moet worden aangemerkt als dit systeem. Dit geldt eens te meer gezien de recente datum van de wetsgeschiedenis.

Naar mate de wetsgeschiedenis veroudert, is het echter de vraag welke waarde een rechter nog zal toekennen aan de daarin neergelegde opvattingen van de wetgever. Zeker indien de niet ondenkbeeldige situatie zich voordoet dat de technische mogelijkheden en de maatschappelijke praktijk op dat moment ingrijpend zijn veranderd. Wij vragen ons dan ook sterk af waarom de wetgever en de regering ervoor hebben gekozen om TenderNed door middel van de memorie van toelichting op de Aanbestedingswet 2012 aan te wijzen als ‘het elektronische systeem voor aanbestedingen’.¹⁶ Was het niet logischer geweest om ofwel a) TenderNed expliciet in de Aanbestedingswet 2012 te vermelden en als dit – om welke reden dan ook – niet mogelijk of gewenst is, b) TenderNed via een aanwijzingsbesluit aan te wijzen als het in artikel 4.13 Aanbestedingswet 2012 bedoelde systeem?¹⁷ Met een aanwijzingsbesluit zou bovendien de flexibiliteit zijn gecreëerd om in de toekomst, bijvoorbeeld bij gewijzigde technische inzichten, een ander systeem aan te wijzen.

Consequentie niet publiceren op TenderNed

Uitgaande van de situatie dat moet worden aangenomen dat TenderNed het in de Aanbestedingswet 2012 bedoelde ‘elektronische systeem voor aanbestedingen’ is, is een relevante vervolgvraag wat de consequentie is indien een aanbestedende dienst een door hem aanbestede overheidsopdracht niet op TenderNed publiceert, maar uitsluitend op een ander platform of zelfs enkel op zijn eigen website. Interessant is dat de Aanbestedingswet 2012 nergens (met zoveel woorden) een consequentie lijkt te verbinden aan het door de Aanbestedende dienst niet (eerst/ook) publiceren van zijn opdracht op TenderNed.

De in artikel 4.15 e.v. Aanbestedingswet 2012 opgenomen sancties zien immers niet op de niet-naleving van de publicatieplicht op TenderNed, maar enkel (art. 4.15 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012) op het niet publiceren van de betreffende opdracht in het publicatieblad van de Europese Unie. Voor een publicatie in het publicatieblad van de Europese Unie lijkt het echter niet noodzakelijk te zijn dat gebruik wordt gemaakt van TenderNed.¹⁸ Kort en goed lijkt

de Aanbestedingswet 2012 geen sanctie te stellen op het niet publiceren op TenderNed. Voorstelbaar is echter dat een voorzieningenrechter in voorkomend geval bereid zal zijn om aan te nemen dat een niet op TenderNed gepubliceerde aanbesteding onvoldoende transparant is. De publicatie op het centrale platform TenderNed is in Nederland zo gebruikelijk, dat verdedigbaar is dat het niet publiceren op TenderNed in strijd komt met de door de aanbestedende dienst bij een aanbestedingsprocedure te betrachten transparantie (art. 1:9 lid 1 Aanbestedingswet 2012). Daarbij zal vermoedelijk van groot, zo niet doorslaggevend belang zijn in hoeverre de voorzieningenrechter zal aannemen dat een aanbestedende dienst ook zonder publicatie op TenderNed een ‘passende mate van openbaarheid’ kan geven aan zijn aankondiging (artikel 1:9 lid 2 Aanbestedingswet 2012).

Tot slot

Alles overziend lijken er op dit moment voldoende argumenten te zijn voor de conclusie dat TenderNed moet worden beschouwd als het in artikel 4.13 Aanbestedingswet 2012 (en dus via artikel 1.1 in de gehele Aanbestedingswet 2012) bedoelde ‘elektronische systeem voor aanbestedingen’. Daarmee lijkt het hanteren van TenderNed voor onder meer de in de artikelen 1.18 en 2.62 Aanbestedingswet 2012 bedoelde aankondigingen, verplicht te zijn. Gezien het toegestane gebruik van zogeheten ‘T-Senders’ (dit zijn andere aanbestedingsplatforms die een aangekondigde opdracht doorkoppelen naar TenderNed), lijkt het verplichte gebruik van TenderNed in ieder geval voor aanbestedende diensten geen nadelige gevolgen te hebben.¹⁹ Zij kunnen voor zowel de publicatie van de opdracht als het verdere verloop van de procedure gebruik maken van één digitaal platform. Dit platform draagt vervolgens zorg voor de (gratis) publicatie op TenderNed.²⁰ Blijkens artikel 2.65 Aanbestedingswet 2012 kan dit evenwel alleen indien het andere digitale platform ook daadwerkelijk een koppeling heeft met TenderNed, zodanig dat de opdracht éérst op TenderNed wordt gepubliceerd.²¹

Over de auteurs

Mr. M.M. Fimerius

Greetje Fimerius is advocaat bij AKD en redactielid van Tijdschrift Aanbestedingsrecht en staatssteun.

Mr. W.I. de Vries

Wouter de Vries is advocaat bij AKD.

16 Vgl. o.a. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 114; vgl. ook *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 122-123.

17 Het is ons niet bekend of de wetgever een bijzondere reden heeft om de aanwijzing van TenderNed via de memorie van toelichting te laten verlopen.

18 Het lijkt erop dat dit bijvoorbeeld ook zou kunnen via het tabblad ‘TED eNotices’ van ted.europa.eu.

19 Vgl. over de zogeheten ‘T-Senders’: <https://www.tenderned.nl/e-gids/veelgestelde-vragen/algemeen>, vraag “Kan ik op TenderNed publiceren via andere platforms”, laatstelijk geraadpleegd op 13 december 2017.

20 Vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 114-115; vgl. ook *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 9.

21 Vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 11, p. 19.